

**Die
rechtsgeschäftliche Grundstücksübertragung
nach türkischem Recht**

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Peter Lau

aus Hannover

1972

1971

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Fikentscher
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Heldrich
Dekan: Prof. Dr. Kiefner

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Oktober 1971



DIE RECHTSGESCHÄFTLICHE GRUNDSTÜCKSÜBERTRAGUNG NACH TÜRKISCHEM RECHT

1.	Allgemeine Grundsätze des Grundstücksverkehrs	1
2.	Die Eigentumsübertragung	2
3.	Die Grundpfandrechtsübertragung	3
4.	Die Grundstücksabtretung	4
5.	Die Grundstücksabtretung mit Vorbehalt	5
6.	Die Grundstücksabtretung mit Auflage	6
7.	Die Grundstücksabtretung mit Fiktion	7
8.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	8
9.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	9
10.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	10
11.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	11
12.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	12
13.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	13
14.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	14
15.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	15
16.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	16
17.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	17
18.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	18
19.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	19
20.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	20
21.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	21
22.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	22
23.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	23
24.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	24
25.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	25
26.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	26
27.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	27
28.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	28
29.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	29
30.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	30
31.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	31
32.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	32
33.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	33
34.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	34
35.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	35
36.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	36
37.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	37
38.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	38
39.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	39
40.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	40
41.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	41
42.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	42
43.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	43
44.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	44
45.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	45
46.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	46
47.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	47
48.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	48
49.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	49
50.	Die Grundstücksabtretung mit Einrede	50

Inhaltsverzeichnis

Seite

Literaturverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

EINLEITUNG 1

1. KAPITEL

DIE EPOCHE DES OSMANISCHEN REICHES 3

I. Geschichtlicher Rückblick 3

II. Allgemeine Grundlagen der Rechtsordnung 3

1. Der Koran 3

2. Weitere Rechtsquellen 4

3. Die Rechtsschulen 4

III. Das Liegenschaftsrecht 5

1. Der Rechtsdualismus auf dem Gebiet des
Liegenschaftsrechts 5

2. Die Kodifikationsbewegung 6

a) Das Bodengesetz von 1858 6

b) Die Mecelle (1869/1876) 6

IV. Die Grundstücksarten 7

V. Die Miri-Grundstücke 8

1. Definition 8

2. Die Besitzverleihung durch den Staat 9

3. Die Rechtsstellung des Besitzers 10

	Seite
4. Die rechtsgeschäftliche Übertragung der Miri-Grundstücke	11
a) Begriff und Rechtsnatur des "ferag"	11
b) Der Formzwang	12
VI. Die Mülk-Grundstücke	15
1. Unterscheidungsmerkmale der Grundstücke, die Gegenstand des Privateigentums (mülk) sind	15
2. Die rechtsgeschäftliche Übertragung der Mülk-Grundstücke	16
a) Allgemeine Grundsätze	16
b) Die Eigentumsübertragung mittels Kaufvertrag	17
c) Tausch und Schenkung	19
VII. Das Grundstücksregister- und Grundbuchwesen	20
VIII. Die Rechtslage nach dem Beginn der Einführung der Grundbücher	22
2. KAPITEL	
DIE REFORM DES ZIVILRECHTS NACH DER GRÜNDUNG DER TÜRKISCHEN REPUBLIK	26
I. Der Zusammenbruch des Osmanischen Reiches	26
II. Die Reformbewegung	26
III. Das Ziel der Zivilrechtsreform	27
IV. Die Rezeption der schweizerischen Zivilrechtskodifikationen	28
1. Die Gründe, die zur Wahl des Schweizerischen Zivilgesetzbuches und Schweizerischen Obligationenrechts führten	28
2. Die Besonderheiten der türkischen Gesetzesfassungen	29
3. Allgemeiner Umfang dieser Rezeption	31

3. KAPITEL

DIE RECHTSGESCHÄFTLICHE ÜBERTRAGUNG VON GRUNDSTÜCKEN NACH GELTENDEM RECHT	33
I. Allgemeiner Überblick über die Grundlagen des geltenden Liegenschaftsrechts	33
II. Das Grundeigentum	36
1. Gegenstand des Grundeigentums	36
2. Umfang des Grundeigentums	37
III. Die Übertragung des Grundeigentums	38
1. Allgemeine Grundsätze	38
2. Das Verpflichtungsgeschäft	38
a) Die rechtliche Wirkung des Vertrags- abschlusses	38
b) Die Formbedürftigkeit der Verträge	39
c) Das Beurkundungsverfahren	40
aa) Die Zuständigkeitsfrage	40
bb) Die Durchführung des Verfahrens	45
3. Der Vorvertrag	46
a) Begriff und Inhalt	46
b) Formerfordernisse	47
c) Die Möglichkeit, auf Grund des Vorver- trages die Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch zu erwirken	48
d) Die Rechtsstellung der Vertragsparteien nach Abschluß des Vorvertrages	49
e) Umdeutung eines formnichtigen Kaufvertrages in einen Vorvertrag	51
f) Die besondere Bedeutung der Vorverträge für den Grundstücksverkehr	52
4. Die Abschlußvollmacht	53
a) Anforderungen an den Inhalt	53
b) Die Form ihrer Erteilung	54
5. Die materiell-rechtlichen Voraussetzungen des Eigentumsübergangs	56

	Seite
a) Das Eintragungsprinzip	56
b) Das Kausalitätsprinzip	57
c) Die materiell-rechtliche Bedeutung der Anmeldung zur Eintragung	60
d) Der Erwerb vom Nichtberechtigten	62
6. Die formellen Eintragungsvoraussetzungen und ihre Prüfung durch den Grundbuchbeamten	67
a) Die Anmeldung	67
b) Der Nachweis des Verfügungsrechts	68
c) Der Ausweis über den Rechtsgrund	70
7. Das Eintragungsverfahren	71
IV. Die Struktur und Führung des Grundbuches	73
1. Allgemeine Darstellung	73
2. Die besondere Situation in den Landesteilen, wo die Katasterarbeiten noch nicht abgeschlossen sind	75
4. KAPITEL	
DIE ÜBERTRAGUNG DER (NOCH) NICHT IM GRUNDBUCH AUFGENOMMENEN GRUNDSTÜCKE	78
I. Die Regelungen, die das Türkische Zivilgesetzbuch hinsichtlich der im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücke enthält	78
II. Bestimmung des Herrschaftsverhältnisses	79
1. Besitz	79
2. Eigentum	81
a) Fortbestand der vor dem Inkrafttreten des Türkischen Zivilgesetzbuches entstandenen dinglichen Rechte	81
b) Eigentumserwerb auf Grund Extratabularersatzung	82
aa) Die Erwerbsvoraussetzungen	82
bb) Der Erwerbszeitpunkt	86
III. Die Eigentumsübertragung	92

1. Das Verfügungsgeschäft	92
a) Darlegung der Ansicht, die eine analoge Anwendung der Mobilienrechtsvorschriften für geboten hält	92
b) Verwerfung dieser Ansicht	93
2. Die Formbedürftigkeit des Verpflichtungsgeschäftes	95
3. Die Gründe, die in der Praxis zur Nichteinhaltung der Formvorschriften führen	96
IV. Die Rechtswirkungen der formfrei abgeschlossenen Veräußerungsverträge aus der Sicht des türkischen Kassationsgerichtshofes	98
1. Die ursprüngliche Haltung des türkischen Kassationsgerichtshofes	98
2. Der Plenarbeschluß des türkischen Kassationsgerichtshofes vom 9.10.1946	100
3. Die gegenwärtige Haltung des türkischen Kassationsgerichtshofes	103
V. Kritische Würdigung der vom türkischen Kassationsgerichtshof aufgestellten Grundsätze	103
1. Der Standpunkt, daß der Besitz ein dingliches Recht darstellt und wie ein Recht selbständig übertragbar ist	103
a) Verwerfung der Argumente, auf die sich die Rechtsprechung stützt	103
b) Untersuchung der Frage, ob der Besitz an einem eigentumslosen Grundstück eine besondere Beurteilung verdient	108
c) Der Besitz als äußere Erscheinungsform eines Anwartschaftsrechtes	109
aa) Begriff und Rechtsnatur	109
bb) Voraussetzungen für die Entstehung eines Anwartschaftsrechtes	110
cc) Die Grundsätze, die für die Übertragung eines Anwartschaftsrechtes gelten	112
2. Der Grundsatz, daß formfrei abgeschlossene Veräußerungsverträge als Besitzübertragungsverträge zu behandeln sind	113
a) Grenzen der Vertragsauslegung	113

	Seite
b) Bedenken, die gegen eine Umdeutung erhoben werden könnten	115
3. Die Ansicht, daß Besitzübertragungsverträge nicht formbedürftig sind	119
4. Die Auffassung, daß die Besitzübergabe den Vertrag wirksam werden läßt	120
5. Zusammenfassende Stellungnahme	122
VI. Die Rechtsposition des Erwerbers nach erfolgter Grundstücksübergabe im Falle der Nichteinhaltung der Formvorschriften	124
1. Ausgangspunkt der Überlegung	124
2. Grundlage der Herausgabeansprüche, denen sich der Erwerber ausgesetzt sieht	126
3. Die Bemühungen der Rechtslehre, eine geschützte Rechtsposition des Erwerbers aus Art. 909 TZGB herzuleiten	128
4. Die "Einrede" der mißbräuchlichen Rechtsausübung	131
5. KAPITEL DIE MASSNAHMEN DES TÜRKISCHEN GESETZGEBERS MIT DEM ZIEL, DIE AUFNAHME ALLER GRUNDSTÜCKE IM GRUNDBUCH HERBEIZUFÜHREN	135
1. Die Gründe, die zum Erlaß von Sondergesetzen führten	135
2. Das Gesetz Nr. 1515	136
3. Das Gesetz Nr. 2613	137
4. Das Gesetz Nr. 509	138

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- ACEMOĞLU, Kevork Türk hukukunda tapu kütüğüne kayıtlı olmayan gayrimenkullerin hukuki durumu Diss., Istanbul 1965
(Die Rechtslage der im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücke nach türkischem Recht)
- AKGÜN, Zerrin Tapusuz gayrimenkullerde haricen satış - Tescil, AdD 1953, S. 149ff.
Der formlose Verkauf der im Grundbuch noch nicht aufgenommenen Grundstücke - Die Eintragung)
- AKIPEK, Jale Türk eşya hukuku - Zilyedlik ve tapu sicili, Bd.1, 1. Aufl., Ankara 1965
(Das türkische Sachenrecht - Besitz und Grundbuch)
- ANSAY, Sabri Sakir Das Türkische Recht in Handbuch der Orientalistik - I. Abteilung - Der Nahe und der Mittlere Osten, Ergänzungsband III, Leiden/Köln 1964
- ARABOĞLU, Mümtaz Die Schwierigkeiten in der türkischen Praxis bei der Anwendung der Vorschriften des schweizerisch - türkischen Zivilgesetzbuches zum Erwerb des Grundeigentums an Privatgrundstücken, Diss., Frankfurt/a.M. 1965
- ARSLANIAN, D. Das gesamte Recht des Grundeigentums und das Erbrecht für alles Eigentum in der Türkei, Wien 1894
- ARSLANLI, Halil Ticari bey, 1. Bd. 4.Aufl. Istanbul 1955
(Der Handelskauf)
- ARTUS, Amil Zilyedlik, Ist.BD 1943, S.328ff.
(Der Besitz)
- ATAAY, A.M.- SUNGURBEY, I. Açıklamalı Medeni Kanunu ile Borçlar Kanunu, Istanbul 1959
(Das Zivilgesetzbuch und das Gesetz über Schuldverhältnisse mit Erläuterungen)
- AYBAY, Aydın Tapu sicilinde muvakkat tescil, 1.Aufl. Istanbul 1962
(Die vorläufige Eintragung im Grundbuch)
- AYITER, Ferid The interpretation of a national system of laws received from abroad, Annales 1956, S. 41ff.

- BARKAN, Ö. Lütfi Türk toprak hukuku tarihinde Tanzimat ve 1274 (1858) tarihli arazi kanunnamesi
(Der Tanzimat in der Geschichte des türkischen Grundstücksrechts und das Bodengesetz von 1274 (1858) in Festschrift " Tanzimat ", Istanbul 1939, S.321ff.
- BELGESAY, Reşit M. Hukuki muamelelerde temsil, Istanbul 1941
(Die Stellvertretung bei Rechtsgeschäften)
- CANSEL, Erol Tapu siciline intimat prensibi, 1.Aufl. Ankara 1964
(Das Vertrauensprinzip in Bezug auf das Grundbuch)
- CHEHATA, Chafik L' acte translatif de propriété en droit musulman hanafite, in Travaux de la semaine internationale de Droit Musulman (herausgegeben von Louis Milliot), Paris 1953, S. 36ff.
- CHIHA, H. Nedjib Traité de la propriété immobilière en droit ottoman, Kairo 1906
- DAMCI, Adnan Transfert de la propriété foncière rurale en droit suisse et en droit turc, Diss., Lausanne 1950 (Montreux 1949)
- DAVRAN, Bülent Vom islamischen zum türkischen Recht, Diss., Göttingen 1938
- ERMAN, Eyüp Sabri Medenî Kanundan evvele ait tapu senetleri üzerinde bir inceleme, A4D 1950, S. 1281ff.
(Eine Untersuchung der Grundbuchauszüge die aus der Zeit vor dem Zivilgesetzbuch herrühren)
- ESENER, Turhan Mukayeseli hukuk ve hususiyle Türk İsviçre Borçlar Hukuku bakımından - Salâhiyet müstenit temsil, Ankara 1961
(Die Vertretungsvollmacht aus der Sicht der Rechtsvergleichung und insbesondere des schweizerisch - türkischen Rechts)
- GALIP, Djemil Das gesetzliche Erbrecht nach altem und neuem türkischen Recht, Diss., Freiburg (Schweiz), 1934
- GÖKTÜRK, Hüseyin A. Aynî Haklar, 1. Aufl., Ankara 1949
(Die dinglichen Rechte)
- GÜRAL, (Akipek) Jale Türk hukukunda tapuya kayıtlı olmayan Gayrimenkullerin hukuki rejimi ve MK 639/1, AnKHFD 1952 Nr.3-4, S. 40ff.
(Die Rechtslage der im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücke im türkischen Recht und Art. 639 Abs.1 TZGB)
- GÜRSEL, M. - DÖNMEZ, I. 509 sayılı Tapulama Kanunu, Istanbul 1965
(Das Gesetz N. 509 über die Aufnahme der Grundstücke im Grundbuch)

- GÜRZUMAR, Fikri Katastro, tapulama ve tescil müessesesi, Ankara 1956
 (Das Kataster, die Aufnahme der Grundstücke in das Grundbuch und die Eintragung)
- HAMSON, J.C. The Istanbul Conference of 1955 in The International and Comparative Law Quarterly, Bd.V (1956), S.26ff.
- HANS, J. Dynamik und Dogma im Islam, 2. Aufl. Leiden 1960
- KARAYALÇIN, Yasar Tapuda kayıtlı ölmiyan gayrimenkuller hakkında son tevhibi içtihat kararı münasebetiyle, AnkBD 1948 S. 21ff.
 (Betrachtungen im Zusammenhang mit dem neuesten Plenarbeschluß hinsichtlich der im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücke)
- KOCAYUSUFAŞAOĞLU, Necip Türk Medeni Hukukunda gayrimenkul satış vaadi, Diss, Istanbul 1959
 (Das Grundstücks- Verkaufsversprechen nach dem türkischen Zivilrecht)
- KÖPRÜLÜ, Bülent Toprak hukuku dersleri, 1. Aufl. Istanbul 1958
 (Lehrbuch des Bodenrechts)
- LIPSTEIN, Karl The reception of Western Law in countries of a different economic and social background with special regard to problems arising out of industrialization, Annales 1961, S. 3ff.
- MARDIN, Ebül' ula Toprak hukuku dersleri, 1. Aufl. Istanbul 1947
 (Lehrbuch des Bodenrechts)
- MERZ, Hans Berner Kommentar, I/1, Einleitung, ZGB Art. 1 - 10, Erläuterungen zu Art.2, Bern 1962
- MÜLLER, Peter Die Heilung formwidriger Rechtsgeschäfte durch Erfüllung, Diss, Luzern 1938
- NEUMAYER, H. - DOPFFEL, P. Ein Jahrhundert türkischer Rezeptionsgeschichte, Annales 1956, S. 53ff.
- NORD, Erich Die Reform des türkischen Liegenschaftsrechts (Sonderdruck), München/Leipzig 1914
- OĞUZMAN, Kemal Şekil noksanı sebeble butlan dermeyan hakkının suiistimal, IstBD 1955, S. 249ff.
 (Die Berufung auf die Nichtigkeit wegen Formmangels als Rechtsmißbrauch)
- Diskussionsbeitrag zu dem Referat von Dr. Selahattin Sulhi Tekinay, MHAD 1958, 161f.
- OLGAÇ, Senai Türk Borçlar Kanunu - kazaf ve ilmi içtihatlarla, Bd. 1, 1. Aufl. Istanbul 1959
 (Das Türkische Gesetz über Schuldverhältnisse mit Rechtsprechung und Lehrmeinungen)

- OLGAÇ, S. - KARAHASAN Gayrimenkullerin akid esasına dayanan
iktisap ve tescilleri, 1. Aufl., Istanbul
1956
(Der rechtsgeschäftliche Erwerb und die
Eintragung von Grundstücken)
- - Zilyedlik - Gayrimenkullerin zilyedlik
esasına dayanan iktisap ve tescilleri,
1. Aufl., Istanbul 1956
(Der Besitz - Erwerb und Eintragung von
Grundstücken auf Grund des Besitzes)
- ÖMER, Suad Beiträge zur Geschichte des alten türki-
schen Grundstücksrechts, Diss, Freiburg/
Schweiz 1935
- ÖMERBAS - CETINTAŞ Temyiz mahkemesi Hukuk Genel Kurulu emsal
kararı
(Entscheidungssammlung der Rechtsprechung
des Türkischen Kassationsgerichtshofs)
- ONAR, Siddik Sami La codification d' une partie du Droit
Musulman dans l' Empire Ottoman (Le Med-
jellé), Annales 1954, S. 90ff.
- ÖNDER, Akil Gayrimenkul mallarda iktisabi zaman aşımı
ve tescil davalari, AdD 1948, S. 948ff.
(Die Ersitzung bei den Immobilien und
die Eintragungsklage)
- PADEL, W. - STEEG, L. De la legislation foncière ottomane
Paris 1904
- PALANDT Bürgerliches Gesetzbuch - Kurzkomentar
30. Aufl., München 1971
- POSTACIOĞLU, İlhan Gayrimenkullerin ferağına müteallik akit-
lerde şekle riayet mecburiyeti, Diss,
Istanbul 1945
(Der Formzwang bei den auf eine Übertragung
des Eigentums an Grundstücken gerichteten
Verträgen)
- - La forme du contrat de vente de l' immeuble
non inscrit au Registre Foncier, Annales
1951, S. 199ff.
- PRITSCH, Erich Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der
Türkei. Seine Rezeption und die Frage sei-
ner Bewährung, Zeitschrift für vergleichen-
de Rechtswissenschaft, Bd. 59, S. 123ff.
- REISOĞLU, Safa La prescription extraordinaire et le trans-
fert des immeubles non immatriculées en droit
suisse et en droit turc, Diss, Lausanne 1956
- - Türk Eşya Hukuku, Bd. I 1. Aufl. Ankara 1965
(Das türkische Sachenrecht)
- - Yeni Tapulama Kanunu ve toprak reformuna
tesiri, Ankara 1964
(Das neue Gesetz über die Aufnahme der Grund-
stücke in das Grundbuch und sein Einfluß auf
die Bodenreform)
- SAYMEN, Ferit H. Türk Medenî Hukuku - Umumi prensipler, Bd. I,
1. Aufl., Istanbul 1956
(Das türkische Zivilrecht - Allgemeine Grund-
lagen)

SAYMEN, F.H. - Elbir, H.K.	Türk Borçlar Hukuku - Umumi Hükümler, Bd. 1 und Bd. 2, 1. Aufl., Istanbul 1958 (Das türkische Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen)
-	Türk Eşya Hukuku, 1. Aufl., Istanbul 1954 (Das türkische Sachenrecht)
SEVIĞ, Vasfi Raşid	Toprak hukuk dersleri, 1. Aufl., Ankara 1953 (Lehrbuch des Bodenrechts)
SCHWARZ, Andreas B.	Borçlar hukuku dersleri, 1. Aufl. Istanbul 1948 (Türkische Übersetzung) (Lehrbuch des Schuldrechts)
SUNGURBEY, İsmet	İsvicre - Türk hukukuna göre iktisabi müruru zaman, Diss, Istanbul 1956 (Die Ersitzung nach schweizerisch-türkischem Recht)
-	Medenî Hukuk Eleştirileri, 1. Aufl., Istanbul 1963 (Kritische Betrachtungen zum Zivilrecht)
-	Le système d' acquisition par prescription extraordinaire du droit Suisse - Turc
-	Diskussionsbeitrag zum Referat von Dr. Selahattin Tekinay, MHAD 1958, S. 148ff.
-	Kişisel Hakların tapu kütüğüne şerhi, 1. Aufl. Istanbul 1963 (Die Vormerkung persönlicher Rechte im Grundbuch)
TEKINAY, Selahattin S.	Tapusuz gayrimenkullerin ferağı, MHAD 1958, S. 127ff. (Die Übertragung der im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücke)
-	Le transfert des immeubles non immatriculées, Annales 1961 S. 71ff.
-	Eşya hukuku dersleri I. Kısım : Giriş-Zilyedlik - Tapu Sicili, 1. Aufl. Istanbul 1964 (Lehrbuch des Sachenrechts -Teil I: Einführung - Besitz - Grundbuch)
TESAL, Resat	L' évolution du droit de gage immobilier en Turquie, Diss, Lausanne 1939
von TUHR, Andreas	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., Berlin 1957 (Nachdruck der 1. Auflage von 1910)
-	Borçlar Hukuku - Umumi kısmı, Bd. 1 1. Aufl., Istanbul 1952 (Übersetzung) (Das Obligationenrecht - Allgemeiner Teil)
-	Die Eigentumsübertragung nach schweizerischem Recht, ZSR Bd. 40 (1921), S. 40ff.
ÜLGENALP, Nuri	Evvelki hukukumuzda gayrimenkule tasarruf belgeleri, AdD 1949 S. 365 - 396, S. 514 - 545, S. 658 - 689, S. 848 - 879, S. 1023 - 1053 (Die Besitztitel für Grundstücke in unserem alten Recht)

- ULU, Şükrü E. Tapulu gayrimenkullerin haricen alim ve satim, Add 1953, S. 744ff.
(Der formlose Kauf und Verkauf von im Grundbuch aufgenommenen Grundstücken)
- ÜSTÜNDAĞ, Saim Tapu kütüğünün tashihi davasi, Istanbul 1959
(Die Grundbuchberichtigungsklage)
- VELİDEDEOĞLU, Hifzi V. Erfahrungen mit dem schweizerischen Zivilgesetzbuch in der Türkei, ZSR Bd. 81 I (1962), S. 51ff.
- - Un aperçu sur le régime des terres en Turquie et l'enregistrement des terres non inscrites au registre foncier, in Atti del Primo Convegno Internazionale di Diritto Agrario, Bd. 2, S. 495ff, Mailand 1954
- - Türk Medenî Hukuku, 3. Aufl., Istanbul 1963
(Das türkische Zivilrecht)
- VELİDEDEOĞLU, H.V. - ESMER, G. Gayrimenkul tasarruflari ve tapu sicili tatbikati, 2. Aufl., Istanbul 1956
(Grundstücksgeschäfte und Grundbuchpraxis)
- WESTERMANN, Harry Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Aufl., Karlsruhe 1956
- WOLFF - RAISER Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3, Sachenrecht, 10. Aufl., Tübingen 1957
- YOUNG, George Corps de droit ottoman, Bd. I und VI, Oxford 1908

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	= anderer Ansicht
a.a.O.	= am angegebenen Ort
ABGB	= Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
Abs.	= Absatz
Add	= Adalet Dergisi (Zeitschrift des Justizministeriums in Ankara)
Allg. Teil	= Allgemeiner Teil
AnkBD	= Ankara Barosu Dergisi (Zeitschrift der Anwaltskammer von Ankara)
AnkİFD	= Ankara Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi (Zeitschrift der rechtswissenschaftlichen Fakultät von Ankara)
Annales	= Annales de la faculté de droit d' Istanbul
Art.	= Artikel
Aufl.	= Auflage
Bd.	= Band
EGG	= Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch
EGG	= Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes (Amtliche Sammlung)
EGH	= Bundesgerichtshof
EGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
ders.	= derselbe
Diss.	= Dissertation
ff.	= und nächstfolgende Seiten
Gem.	= gemäß
h. M.	= herrschende Meinung
IstBD	= Istanbul Barosu Dergisi (Zeitschrift der Anwaltskammer in Istanbul)
LG	= Landgericht
MİAD	= Mukayeseli hukuk araştırmalar Dergisi (Zeitschrift für vergleichende Rechtsuntersuchungen)
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	= Nummer
s.	= siehe
S.	= Seite
SGVO	= Schweizerische Grundbuchverordnung
SZGG	= Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SOR	= Schweizerisches Obligationenrecht
Temyiz Kararlari	= Temyiz kararlari - hukuk kismen (Entscheidungen des türkischen Kassationsgerichtshofes in Zivilsachen)
TGVO	= Türkische Grundbuchverordnung
TIK	= Türk İçtihatları Külliyyati (Türkische Entscheidungssammlung)

TOG	= Türkisches Obligationen Gesetzbuch (Gesetzbuch über Schuldverhältnisse)
TZGB	= Türkisches Zivilgesetzbuch
u.a.	= unter anderem
vgl.	= vergleiche
z. B.	= zum Beispiel
Ziv Sen	= Zivilsenat
ZSR	= Zeitschrift für schweizerisches Recht (neue Folge)

E I N L E I T U N G

Die Türkei ist ein islamisches Land. Weltanschauung und Lebensgewohnheiten der Bevölkerung wurden ebenso wie die Rechtsordnung bis zum Zusammenbruch des Osmanischen Reiches am Ende des I. Weltkrieges vom Islam geprägt.

Mit Beginn der republikanischen Ära setzte in den zwanziger Jahren dieses Jahrhunderts unter Atatürk eine entscheidende Umwälzung ein. Von dem revolutionären Umbruch wurden alle Lebensbereiche erfaßt. Die radikale Europäisierung und Laizisierung des Rechtswesens bildeten einen Teil der Reformen, die darauf ausgerichtet waren, einen modernen Staat nach westlichem Vorbild zu schaffen. Im Zuge dieser Bewegung wurden zahlreiche ausländische Gesetze in nahezu unveränderter Form von der Türkei rezipiert.

Die Rezeption des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (SZGB) und des Schweizerischen Obligationenrechts (SOR) im Jahre 1926 stellte eine der bedeutensten und gleichzeitig einschneidensten Maßnahmen des neuen türkischen Gesetzgebers dar. Das Zivilrecht, bis dahin nur teilweise kodifiziert und vornehmlich als religiöse Pflichtenlehre verstanden, erfuhr damit eine grundlegende Änderung. Die rezeptierten Gesetze waren das Produkt einer gänzlich anderen kulturellen und sozialen Überlieferung und griffen daher tief in die orientalische Vorstellungswelt und in das soziale und sittliche Gefüge des türkischen Volkes ein. Ihre Anwendung mußte auf den passiven Widerstand der in ihrem religiösen Empfinden gestörten Bevölkerung stoßen. Dieses Wagnis mußte der Gesetzgeber jedoch auf sich nehmen, wenn er die westliche Zivilisation den breiten Volksschichten nahebringen wollte, um auf diese Weise den wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt des Landes zu fördern.

Die Frage, ob sich die von der Schweiz übernommenen Zivilgesetze in der türkischen Rechtspraxis bewährt haben, wird man aus der Rückschau grundsätzlich bejahen können. Diese Feststellung wird durch die Tatsache erhärtet, daß sich diese Gesetze auch heute noch ohne nennenswerte Änderungen in der Türkei in Kraft befinden. Dennoch haben sich bei ihrer Anwendung im Laufe der Zeit nicht unerhebliche Schwierigkeiten ergeben. Naturgemäß wurden von diesen Schwierigkeiten in erster Linie diejenigen Bereiche betroffen, deren Regelung stark in überlieferte Anschauungen, Gewohnheiten und in die soziale Struktur des türkischen Volkes eingriffen; vornehmlich also das Familien- und Erbrecht.

Besonders intensiv hatte sich die türkische Rechtsprechung in der Vergangenheit aber auch mit Problemen auseinanderzusetzen, welche die rezipierten Gesetze auf dem Gebiet des Grundstücksverkehrs ausgelöst haben. Das Ausmaß wird durch eine in der Zeitschrift Hayat (Nr. 50) im Jahre 1968 veröffentlichten Mitteilung der Istanbuler Rechtsanwaltskammer verdeutlicht. Danach betrafen die im Jahre 1968 in Istanbul anhängig gewordenen Prozesse zu 80 % Grundstücksangelegenheiten.

Die nachfolgenden Untersuchungen werden es sich zur Aufgabe machen, die aufgetretenen Schwierigkeiten, die den Grundstücksverkehr in der Türkei nicht unerheblich belasten, aufzuzeigen, deren Ursache nachzugehen und die Möglichkeiten zur rechtlichen Lösung des vorrangigen Problems - nämlich die Übertragung der im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücke - zu erörtern.

I. KAPITEL

DIE EPOCHE DES OSMANISCHEN REICHES

I. Geschichtlicher Rückblick

Die Türken waren ursprünglich im zentralasiatischen Raum beheimatet. Die Stämme führten ein Nomadendasein, so daß das Grundeigentum in dieser geschichtlichen Phase für sie ohne Bedeutung blieb. Ihr Weg führte sie zu Beginn des 11. Jahrhunderts nach Vorderasien, wo sie sesshaft zu werden begannen. Der von ihnen im anatolischen Raum unter der Oberherrschaft der Seldschukendynastie gegründete Staat zerfiel Mitte des 13. Jahrhunderts unter dem Ansturm der Mongolen. Aus den Trümmern dieses kurzlebigen Staates entstand gegen Ende des 13. Jahrhunderts das nach seinem Gründer Osman und des von ihm geführten türkischen Stammesverbandes benannte Osmanische Reich ¹⁾.

II. Allgemeine Grundlagen der Rechtsordnung

1. Der Koran

Der Gründung des Osmanischen Reiches vorausgegangen war der Übertritt der Türken zum Islam - ein Schritt, der die staatliche und gesellschaftliche Ordnung dieses Reiches entscheidend prägen sollte. Insbesondere die Rechtsordnung des Osmanischen Reiches, das sich zu einem theokratischen Staat entwickelte, wurde weitgehend vom religiösen Scheriatrecht beherrscht.

Das Scheriatrecht basierte auf dem Koran. Neben den Geboten des Propheten Mohammed, die sich unmittelbar auf das religiöse Leben

1) s. auch Arslanian, S. 1ff.; Davran, S. 26ff.

beziehen, enthält der Koran ¹⁾ eine Vielzahl von Verhaltensregeln für die zwischenmenschlichen Beziehungen des täglichen Lebens. Die insoweit statuierten Regeln, die nicht nur die Rechte und Pflichten des Einzelnen, sondern auch des Staates umfaßten, waren nach moslemischer Anschauung mit göttlicher Autorität ausgestattet. Sie besaßen für das Scheriatrecht Gesetzesfunktion ²⁾.

2. Weitere Rechtsquellen

Eine weitere Quelle des Scheriatrechts bildeten die Überlieferungen ("Sunna") vom Leben, Wirken und Aussprüchen Mohammeds, wie sie im sogenannten Hadit gesammelt wurden ³⁾. Daneben sind der Idschma ⁴⁾ (Konsensus) sowie die Kijas ⁵⁾ (Analogieschluß) als Grundlage der scheriatrechtlichen Rechtsfindung zu nennen.

3. Die Rechtsschulen

Als eine dem islamischen Recht eigentümliche Institution sind die sogenannten Rechtsschulen anzusehen, die sich im 8. und 9. Jahrhundert herausgebildet haben. Ihre Entstehung ist darauf zurückzuführen, daß unter den namhaftesten islamischen Rechtsgelehrten jener Zeit, die sich mit rechtsphilosophischen Werken um die Grundlagenforschung und Fortbildung des islamischen Rechts bemüht hatten, beträchtliche Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Rechtsquellen und ihrer Interpretation aufgetreten waren ⁶⁾.

- 1) Der Koran enthält die Offenbarungen des Propheten Mohammed (um 570 - 632 n.Chr.). Das Buch setzt sich aus 114 Kapiteln (Suren) zusammen, die ohne jeglichen logischen oder chronologischen Aufbau vornehmlich nach ihrer Länge geordnet sind, Hans, S. 12
- 2) s. dazu auch Davran, S. 10, 26; Damci, S. 44; Galip, S. 6; Tesal, S. 13
- 3) Davran, S. 11; Damci a.a.O.; Galip, S. 6f.; Tesal, a.a.O.
- 4) Der Idschma wird auf einen Ausspruch Mohammeds zurückgeführt, demzufolge die moslemische Gemeinschaft niemals gemeinsam in einen Irrtum verfallen kann, vielmehr eine von ihr einmütig gefaßte Entscheidung unfehlbar ist, Tesal, S. 14. Die Einholung eines Idschma wurde in der Zeit der ersten 4 Nachfolger des Propheten häufig angewandt. Später betrachtete man den Konsensus der theologischen Rechtsgelehrten für ausreichend; vgl. dazu Tesal, S. 14; Damci, S. 44; Ansay, S. 441; Ömer, S. 3; Galip, S. 7; Hans, S. 19f.
- 5) Kijas bedeutet die Anwendung der aus den anderen Rechtsquellen gewonnenen Regeln auf ähnlich gelagerte Fälle, Davran, S. 12f.; Damci, S. 44
- 6) s. Davran, S. 13ff.; Hans, S. 19ff.

Es werden insgesamt 4 Rechtsschulen unterschieden, die infolge ihrer herausragenden Stellung jeweils die Grundlage für einen Ritus schufen. Sie sind nach ihren Gründern benannt worden:

1. Die Hanefitische Schule
- begründet von Ebu Hanife (699-747);
2. Die Malikitische Schule
- begründet von Ebu Malik Ibni Enes (709-793);
3. Die Schafiitische Schule
- begründet von Mohammed Idris Schafi (767-820);
4. Die Hambalitische Schule
- begründet von Ahmed Ibni Hambal (780-855) ¹⁾.

Im Osmanischen Reich hat sich die Hanefitische Rechtsschule durchzusetzen vermocht. Dementsprechend richtete sich die Rechtspflege und die Anwendung des Rechts ausschließlich nach diesem Ritus aus ²⁾.

Das hanefitisch geprägte Scheriaterecht erfuhr im Herrschaftsgebiet des Osmanischen Reiches keine besondere Ausgestaltung. Rechtsgebiete, die vom Scheriaterecht unerfaßt blieben, wurden überwiegend durch Gewohnheitsrecht geregelt ³⁾. Erst in der Endphase des Osmanischen Reiches lassen sich Ansätze zur Schaffung einer spezifisch osmanischen Rechtsordnung erkennen ⁴⁾.

III. Das Liegenschaftsrecht

1. Der Rechtsdualismus auf dem Gebiet des Liegenschaftsrechts

Das Liegenschaftsrecht des Osmanischen Reiches, das verschiedene Arten von Grundstücken unterschied, war von Beginn an von einem Rechtsdualismus gekennzeichnet. Es war teils dem Scheriaterecht

-
- 1) s. Ömer, S. 4f.; Galip, S. 8; Tesal, S. 19
 - 2) vgl. auch Onar, S. 99; Davran, S. 26; Padel-Steeg, S. 3f.
 - 3) Onar, S. 102; Damci, S. 45; als Rechtsquelle wurde das Gewohnheitsrecht später auch in Art. 45 der Mecelle ausdrücklich anerkannt
 - 4) Galip, S. 12; Tesal, S. 29. Einen detaillierten Überblick über die nach dem Jahre 1839 (Tanzimat) einsetzende Gesetzgebung gibt Pritsch, S. 135ff.

und teils dem Gewohnheitsrecht unterworfen ¹⁾.

2. Die Kodifikationsbewegung

a) Das Bodengesetz von 1858 (1274)

Bis zum Erlaß des Bodengesetzes (Arazi Kanunu) im Jahre 1858 (1274) ²⁾ war das Liegenschaftsrecht unkodifiziert geblieben ³⁾. Diesem unbefriedigenden Zustand leistete das Bodengesetz indes nur in unvollkommener Weise Abhilfe. Unter dem Einfluß des überkommenen Rechtsdualismus begnügte sich der Gesetzgeber bei der Schaffung dieses Gesetzes damit, das bis dato geltende Liegenschaftsrecht, soweit es seinen Ursprung im Gewohnheitsrecht besaß, zu kodifizieren ⁴⁾. Dementsprechend blieben diejenigen Grundstücksarten, die dem Scheriatrecht unterlagen, von dem Bodengesetz unerfaßt.

b) Die Mecelle (1869/1876)

Als bald nach dem Erlaß des Bodengesetzes sah sich der Gesetzgeber auch zu einer - zumindest teilweisen - Kodifizierung des Scheriatrechts veranlaßt. Das Ergebnis dieser Kodifikationsbemühungen war die Mecelle (Mecelle-i-ahkam adliye), die sich aus 16 Büchern mit insgesamt 1851 Artikeln zusammensetzte und sukzessive in den Jahren 1869 bis 1876 in Kraft trat. Von diesem Gesetz, das keine Neuerungen mit sich brachte, wurden wesentliche Teile des bis dahin geltenden Scheriatrechts erfaßt. Indes fanden das Familien- und Erbrecht sowie das Recht der religiösen Stiftungen darin keine Aufnahme. Andererseits beschränkte sich die Mecelle nicht nur auf die Kodifizierung zivilrechtlicher Bestimmungen, sondern verlaublichte auch prozessuale Grundsätze. Grund-

-
- 1) Acemoğlu, S. 12; Ömer, S. 2; Damci, S. 45; Ülgenalp, S. 374; Barkan, S. 331
 - 2) In Klammern sind jeweils die entsprechenden Jahreszahlen der islamischen Zeitrechnung hinzugefügt
 - 3) Zwar waren z.Zt. Suleymans II (1520-1566) einige das Grundstückswesen betreffende Verordnungen ergangen. Diese enthielten jedoch nur administrative, fiskalische sowie erbrechtliche Bestimmungen
 - 4) Acemoğlu, S. 12; Ülgenalp, S. 381

lage für die Angelegenheiten des Familien-, Erb- und Stiftungsrechts blieben weiterhin allein die privaten fikh-Rechtsbücher der moslemischen Rechtsgelehrten, die naturgemäß nicht mit Gesetzeskraft ausgestattet waren, wenngleich sich im Laufe der Zeit auch Standardwerke herausgebildet hatten, die eine gesetzesähnliche Autorität genossen ¹⁾.

Wie die mit der Ausarbeitung der Mecelle betraute Kommission in ihrem Bericht vom 10. März 1285 an den Großwesir ²⁾ hervorhob, basiert die Mecelle ausschließlich auf dem hanefitischen Ritus, der seit jeher für die Scheriatrechtsordnung im Osmanischen Reich bestimmend gewesen war ³⁾.

Da mit dem Inkrafttreten des Bodengesetzes wie auch mit dem Erlaß der Mecelle eine Neugestaltung der Grundstücksordnung nicht verbunden war ⁴⁾, erübrigt es sich, das Liegenschaftsrecht der vorausgegangenen Zeit ⁵⁾ einer gesonderten Betrachtung zu unterziehen.

IV. Die Grundstücksarten

In Anlehnung an die verwurzelten Rechtsanschauungen unterscheidet das Bodengesetz in Art. 2 zwischen Mülk-, Miri-, Vakif- (Wakf-), Metruke- und Mevat-Grundstücken. Von diesen Grundstücksategorien verdienen die 3 letztgenannten keine weitere Aufmerksamkeit, da sie aufgrund ihrer Rechtsnatur der Sphäre des privaten Rechtsverkehrs entzogen waren.

Die Kategorie der Vakif-Grundstücke umfaßte diejenigen Liegenschaften, die in Form unwiderruflicher Zuwendungen seitens der Stifter zu Stiftungen der Toten Hand gemacht worden waren. Die Vakif-Grund-

1) Onar, S. 91, 98ff., 106

2) s. Onar, S. 98

3) vgl. dazu oben S. 5

4) Akipek, S. 260; Onar, S. 99; Güral, S. 47, 56; Tesal, S. 23; Velidedeoğlu-Esmer, S. 551

5) Eine gesonderte Betrachtung stellen insoweit an: Chiha, S. 4ff.; Arslanian, S. 20; Tesal, S. 21ff.; Ülgenalp, S. 369ff.

stücke waren unveräußerlich. Ein Verwalter überwachte die Einhaltung des Stiftungszwecks. Je nachdem, ob Mülk- oder Miri-Grundstücke zu Stiftungen erhoben wurden, unterscheidet das Bodengesetz in Art. 4 zwischen regulären und unregulären Vakif-Grundstücken ¹⁾.

Metruke-Grundstücke war die Bezeichnung für Grund und Boden, dessen Gebrauch und Nutzung vom Staat entweder der Allgemeinheit oder Gemeinschaften gewidmet worden war, wie zum Beispiel die öffentlichen Wege und Allmenden, Art. 5 ²⁾.

Eine Definition der Mevat-Grundstücke beinhaltet Art. 6 des Bodengesetzes. Von dieser Grundstückskategorie wurde nach der genannten Bestimmung das herrenlose und für den öffentlichen Gebrauch nicht bestimmte Brachland erfaßt, soweit es außerhalb der Peripherie einer Ansiedlung lag ³⁾.

V. Die Miri-Grundstücke

1. Definition

Die Miri-Grundstücke bildeten den eigentlichen Schwerpunkt des Bodengesetzes. Eine Definition der Miri-Grundstücke, die, was an dieser Stelle vermerkt sei, stets den weitaus größten Teil des Grund und Bodens im Osmanischen Reich ausmachten ⁴⁾, findet sich in Art. 3 Abs. 1 des Bodengesetzes. Danach umfaßte diese Grundstückskategorie Äcker, Wiesen und Weiden, die mit staatlicher Erlaubnis von Privatpersonen besessen wurden. Indes erklärt diese gesetzliche Definition die Wesensmerkmale der Miri-Grundstücke nur unzureichend, zumal die Nutzungsart des Bodens nicht unbedingt das entscheidende Kriterium bot. Allgemein wurden unter Miri-Grundstücken diejenigen Ländereien verstanden, die vom Staat mittels eines besonderen Rechtsaktes - "tevfiz" genannt - ohne zeitliche Befristung an private Einzelpersonen zur Nutzung überlassen wurden, ohne daß sich der Staat seines formellen Eigentums (rakabe) begab ⁵⁾.

- 1) Wegen näherer Einzelheiten, s. Chiha, S. 49ff.; Seviğ, S. 227ff.; Ülgenalp, S. 384ff.; Galip, S. 19f.; Arslanian, S. 21f.; Akipek, S. 260
- 2) Ausführlicher mit den Metruke-Grundstücken befassen sich Ülgenalp, S. 396, 514ff.; Seviğ, S. 232f.; Arslanian, S. 22; Velidedeoğlu-Esmer, S. 549f.
- 3) vgl. Ülgenalp, S. 518ff.; Galip, S. 20; Seviğ, S. 233; Akipek, S. 260
- 4) Akipek, S. 262; Velidedeoğlu (Un aperçu...), S. 509; Saymen-Elbir (Eğya Hukuku), S. 145
- 5) Ähnlich formulieren Chiha, S. 42; Akipek, S. 261; Güral, S. 49f.

Die Miri-Grundstücke setzten sich zusammen aus

Ländereien, die im Zuge territorialer Eroberungen dem Staatsvermögen einverleibt worden waren;

Ländereien, von denen nicht mehr festzustellen war, ob sie vormals dem staatlichen oder privaten Eigentum zugeordnet waren;

privaten Grundbesitz, der dem Staat anheim gefallen war, nachdem der betreffende Eigentümer ohne Hinterlassung von Erben verstorben war;

ursprünglich privaten Grundbesitz, dessen Eigentümer unbekannt war;

Mevat-Grundstücken, die mit Genehmigung des Staates urbar gemacht worden waren ¹⁾.

Dieser Grund und Boden wurde ausnahmslos dem Grundvermögen des Staates zugerechnet. Im Gegensatz zu dem sonstigen Grundvermögen des Staates, das dieser je nach Belieben für eigene oder öffentliche Zwecke verwenden konnte, waren die vorstehend aufgeführten Grundstücke dazu bestimmt, einzelnen Privatpersonen zur Nutzung überlassen zu werden ²⁾.

2. Die Besitzverleihung durch den Staat

Wie bereits angedeutet, vollzog sich bei den Miri-Grundstücken die Besitzverleihung durch den Staat mittels eines besonderen Aktes, der rechtsgeschäftlichen Charakter trug ³⁾. Mit dem Akt der Verleihung wurden durch das Bodengesetz staatliche Fiskusbeamte (mal memurlari) betraut. Diese nahmen damit die Stelle der Steuerpächter (mültezim) und Steuereinnnehmer (muhassil) ein, denen sich der Staat bis dato zur Erfüllung dieser Aufgabe als Vertreter bedient hatte, nachdem diese Funktion ursprünglich von den Lehnsherren (sahib-i-arz; dirlik) wahrgenommen worden war ⁴⁾.

1) Ülgenalp, S. 381ff.; Damci, S. 48; Chiha, S. 48f.

2) Damci, S. 49f.

3) s. auch Köprülü, S. 17; Ömer, S. 20

4) vgl. dazu Ülgenalp, S. 376ff., 529ff.; Chiha, 46f., 220ff.; Akipek, S. 261; Velidedeoğlu-Esmer, S. 547f.

Voraussetzung für die Besitzverleihung war die Entrichtung eines Entgeltes durch den Grundstückserwerber. Dieses Entgelt wurde "tapu" genannt. Außerdem war von dem Erwerber und Besitzer eines Miri-Grundstücks eine jährliche Abgabe (mueccelle, öşür) zu entrichten, die je nach Art und Nutzung des Grundstücks variierte ¹⁾. Zugleich mit der Besitzverleihung wurde dem Erwerber ein Besitztstitel (tapu-senedi) ausgehändigt ²⁾.

3. Die Rechtsstellung des Besitzers

Mit der Besitzverleihung erlangte der Erwerber (Konzessionär) das sogenannte Tasarruf-Recht an dem betreffenden Miri-Grundstück. Das Tasarruf-Recht beinhaltete die Befugnis, das Grundstück ohne zeitliche Befristung zu besitzen und zu gebrauchen sowie daraus Nutzungen zu ziehen ³⁾. Das Miri-Grundstück, genauer gesagt, das Tasarruf-Recht war vererblich ⁴⁾. Darüber hinaus war es im Wege entgeltlicher und unentgeltlicher Veräußerung übertragbar. Obwohl mit der Besitzverleihung ein Eigentumswechsel nicht verbunden war, sah sich der Inhaber des Tasarruf-Rechts in eine weitgehend eigentümer-ähnliche Rechtsstellung versetzt. Gleichwohl wird vom Schrifttum die Rechtsstellung eines Miri-Grundstücksbesitzers überwiegend als die eines Mieters (Pächters) angesehen ⁵⁾. Dies mag seine Erklärung darin finden, daß der Kauf von Vorteilen einer Sache nach scheriatrechtlichen Grundsätzen als Wesensmerkmal eines Miet-(Pacht-)vertrages galt ⁶⁾. Es kann indes nicht übersehen werden, daß das Scheriatrecht dem Mieter nur ein Besitzrecht auf bestimmte Dauer einräumte, das außerdem unvererblich war. Ange-

-
- 1) Damci, S. 50f.; Chiha, S. 43ff.; Ülgenalp, S. 372; Akipek, S. 261; Ömer, S. 20; Güral, S. 50; Reisoğlu (Yeni Tabulama Kanunu ..), S. 4
 - 2) Chiha, S. 42; Acemoğlu, S. 12; Ömer, S. 21
 - 3) Das Bodengesetz enthält keine Legaldefinition des Begriffes Tasarruf-Recht; s. auch Akipek, S. 261; Ömer, S. 17
 - 4) Die Erbfolge, die testamentarische Verfügungen nicht zuließ, war im Bodengesetz selbst geregelt. Dieses sog. Intikal-Recht unterschied sich merklich von den erbrechtlichen Regelungen des Scheriatrechts; wegen näherer Einzelheiten vgl. Ömer, S. 18f.
 - 5) s. Ülgenalp, S. 372, 687; Seviğ, S. 238; Barkan, S. 382 sowie Akipek, S. 261 Anm. 22 mit weiteren Literaturhinweisen
 - 6) Art. 405 Mecelle; s. auch Ömer, S. 17

sichts dieser und noch anderer rechtserheblicher Unterschiede ¹⁾ muß davon ausgegangen werden, daß die vorherrschende Meinung, die das zwischen dem Staat und dem Besitzer eines Miri-Grundstücks begründete Rechtsverhältnis als Miet- (Pacht-)verhältnis verstanden wissen will, auf einer Fiktion ²⁾ beruht. Andererseits war die Befugnis, das Miri-Grundstück zu gebrauchen und daraus Nutzungen zu ziehen, die das Tasarruf-Recht dem Besitzer bot, im Gegensatz zu den entsprechenden Rechten eines Eigentümers nicht absolut. So erstreckte sich das Nutzungsrecht nicht auf die Bodensubstanz ³⁾. Die Verwertung der Bodensubstanz setzte ebenso wie die Errichtung von Bauwerken und Anlegung von Obst- und Weingärten die Zustimmung der Staatsdomäne voraus ⁴⁾. Im übrigen stand der Nutzungsberechtigung eine entsprechende Verpflichtung gegenüber. Sofern der Besitzer eines Miri-Grundstücks dieses während eines Zeitraumes von 3 Jahren ohne zwingende Gründe ungenutzt ließ, fiel es an den Staat zurück ⁵⁾.

4. Die rechtsgeschäftliche Übertragung der Miri-Grundstücke

a) Begriff und Rechtsnatur des "ferağ"

Nicht nur die rechtliche sondern mehr noch die wirtschaftliche Selbstständigkeit des Besitzers eines Miri-Grundstücks wird dadurch unterstrichen, daß er das Grundstück an Dritte veräußern konnte. Im Falle der Veräußerung trat der Erwerber in alle Rechte und Pflichten des Veräußerers ein.

Das Übertragungsgeschäft, das sowohl entgeltlich wie auch unentgeltlich erfolgen konnte ⁶⁾, wurde vom Bodengesetz als "ferağ" bezeichnet, ein Rechtsbegriff, der dem Scheriatrecht unbekannt war. Im Hinblick darauf, daß auch das Bodengesetz erläuternde Vorschriften vermissen ließ, war man im Schrifttum bemüht, eine Analogie

1) vgl. dazu Ömer, S. 17f.; Güral, S. 50 Anm. 13; Postacioğlu (Diss.), S. 19ff.

2) Acemoğlu, S. 13

3) Art. 9, 12, 25, 31 Bodengesetz; s. auch Ülgenalp, S. 367 sowie Ömer, S. 19, 22ff.

4) Ülgenalp, S. 367, 682f.; Chiha, S. 143, 150; Ömer, S. 19

5) Art. 68 Bodengesetz; vgl. Chiha, S. 136f.; Ülgenalp, S. 384; Ömer, S. 21; Seviğ, S. 241

6) Chiha, S. 234f.; Ömer, S. 18, 33

zu den scheriatrechtlichen Regelungen zu suchen.

Verschiedentlich wird bei dem Bemühen, die Rechtsnatur des "ferağ" zu bestimmen, wiederum zur fiktiven Annahme eines Mietvertragschlusses Zuflucht genommen ¹⁾. Dies erscheint verfehlt, da, von anderen bedeutenden Divergenzen abgesehen, die Veräußerung eines Miri-Grundstücks (ferağ) dazu führt, daß der Veräußerer im Gegensatz zu dem Vermieter jegliche Rechtsbeziehung zu dem Grundstück verliert. Näher liegt es daher, das Übertragungsgeschäft als einen Vertrag sui generis anzusehen, auf den die scheriatrechtlichen Regelungen für den Kauf bzw. Schenkung analoge Anwendung finden ²⁾. Eine direkte Anwendung verbietet sich deshalb, weil die Veräußerung eines Miri-Grundstücks (ferağ) nicht mit einem Eigentumswechsel verbunden war.

b) Der Formzwang

Der "ferağ" bedurfte zu seiner Wirksamkeit gemäß Art. 36 Bodengesetz der staatlichen Zustimmung. Diese Vorschrift ordnete an, daß der Veräußerer und der Erwerber zu diesem Zweck vor der zuständigen Behörde (Kommission) zu erscheinen hatten, um vor den Fiskusbeamten die Übertragung des Miri-Grundstücks förmlich zu erklären. Diese förmliche Einigungserklärung wurde "takrir" genannt. Dem Erwerber war alsdann von der Behörde ein Besitztitel auszuhändigen ³⁾.

Ein Verstoß gegen Art. 36 hatte nach überwiegender Meinung die Nichtigkeit des Übertragungsgeschäftes zur Folge ⁴⁾. Vereinzelt wird angenommen, daß nur eine schwebende Unwirksamkeit eintrat, wenn das Übertragungsgeschäft nicht vor der zuständigen Behörde vorgenommen wurde. Diesem Meinungsstreit kommt jedoch mehr oder weniger nur rechtstheoretische Bedeutung zu, da auch nach der letzteren Meinung eine Heilung bei späterer Erfüllung des gesetzlichen Erfordernisses nur mit ex nunc Wirkung eintreten konnte ⁵⁾.

1) Chiha, S. 237

2) Dieser Auffassung neigen auch Ömer, S. 26,32 und Padel-Steeg, S. 108 zu; vgl. auch Nord, S. 21

3) s. Ömer, S. 25f.; Chiha, S. 247

4) Padel-Steeg, S. 119f.; Chiha, S. 241; Güral, S. 58,62; Sevig, S. 238 sowie die Urteile des türkischen Kassationsgerichtshofes - 7. ZivSen. Nr. 7383 v. 16.6.1930 (Temyiz Kararlar 1930, S. 619) und 1. ZivSen. Nr. 286/1917 v. 29.9.1939 (Temyiz Kararlar 1939-1940, S. 121)

5) s. dazu Postacioglu (Diss.), S. 24ff.; Acemoglu, S. 14

Der Rechtsübergang vollzog sich im Augenblick der förmlichen Einigungserklärung vor der Behörde. Die Besitzübergabe war im Falle einer entgeltlichen Veräußerung eines Miri-Grundstücks für den Übergang des Tasarruf-Rechts auf den Erwerber nicht erforderlich ¹⁾.

Die Veräußerung eines Miri-Grundstücks konnte grundsätzlich wirksam nur von dem rechtmäßigen Inhaber des Tasarruf-Rechts vorgenommen werden. Die behördliche Zustimmungserklärung konnte eine insoweit fehlende Berechtigung des Veräußerers nicht ersetzen. So besagt Art. 43 des Bodengesetzes, daß, wenn jemand mit Zustimmung der zuständigen Behörden das Miri-Grundstück eines Dritten ungesetzlich ohne entsprechende Vollmacht veräußert, der Dritte die Herausgabe des Grundstücks von dem Erwerber verlangen kann. In die gleiche Richtung weist Art. 40 mit der Bestimmung, daß, sofern jemand mit der Zustimmung der Behörde sein Miri-Grundstück veräußert hat und es alsdann ohne Zustimmung des Erwerbers erneut an eine andere Person veräußert, die zweite Veräußerung als unwirksam zu gelten hat. Diese Vorschriften legen gleichzeitig die Schlußfolgerungen nahe, daß ein gutgläubiger Erwerb des Tasarruf-Rechts ausgeschlossen war.

Die Frage, welche Funktion die Vorschrift des Art. 36 Bodengesetz einnahm, ist umstritten. Ausgehend von der Annahme, daß der Miri-Grundstücksbesitzer die rechtliche Stellung eines Mieters bekleidet, versucht eine Meinung unter Berufung auf die Grundsätze der schierat-rechtlich geprägten Regelungen des Mietrechts darzutun, daß die Zustimmung des Staates als Grundstückseigentümer zur Veräußerung eines Miri-Grundstücks einem materiell-rechtlichen Erfordernis entspricht ²⁾. Wenn man jedoch berücksichtigt, daß die Zustimmungserklärung von den Vertragsparteien nicht im schriftlichen Wege eingeholt werden konnte, wird offenbar, daß der Gesetzgeber bei der Redigierung des Art. 36 das Gewicht weniger auf die Zustimmung-

1) s. Padel-Steeg, S. 117; gemäß der ursprünglichen Fassung des Art. 38 Bodengesetz konnte der Veräußerer das Grundstück nach vollzogener Übergabe zurückverlangen, wenn der Erwerber den ausbedungenen Preis nicht bezahlte. Diese Vorschrift wurde jedoch später dahingehend geändert, daß der Veräußerer nur noch das vereinbarte Entgelt verlangen konnte, vgl. Arslanian, S. 26; Chiha, S. 265f.

2) Ülgenalp, S. 688; Acemoğlu, S. 13f.

erklärung als auf das persönliche Erscheinen der Vertragsparteien vor der Behörde legte. Eine andere Meinung kommt daher zu dem Ergebnis, daß Art. 36 Bodengesetz eine besondere Formvorschrift für die Übertragung von Miri-Grundstücken darstellt ¹⁾.

Für die letztgenannte Auffassung spricht, daß das Bodengesetz den zuständigen Beamten keinerlei Ermessensfreiheit in Fragen der Zustimmung einräumt ²⁾. Auch hatte der Gesetzgeber nicht an eine formelle oder ausdrückliche Zustimmungserklärung gedacht. Zwar könnte man in der gesetzlich vorgeschriebenen Überlassung eines Besitztitels an den Erwerber eine konkludente Zustimmungserklärung sehen. Dieser Annahme steht jedoch die Vorschrift des Art. 37 Bodengesetz entgegen, aus der sich ergibt, daß die Aus-händigung des Besitztitels für die Wirksamkeit des Übertragungs-geschäftes ohne Bedeutung ist.

Die vom Gesetz geforderte Mitwirkung behördlicher Stellen be-schränkte sich - zumindest in der Praxis - auf die Entgegennahme der übereinstimmenden Übertragungserklärungen der Vertragspar-teien. Man wird daher die Bestimmung des Art. 36 als eine Form-vorschrift anzusehen haben ³⁾. Diese Schlußfolgerung wird nicht zu-letzt dadurch bestärkt, daß ein späteres Gesetz davon ausgeht, daß die behördliche Zustimmung durch den "takrir" der Vertrags-parteien eo ipso erzeugt wird ⁴⁾.

Auch wenn eine entsprechende Wirkung zwangsläufig ausgelöst wur-de, so wäre es doch verfehlt, annehmen zu wollen, daß diese Form-vorschrift dem Zweck dienen sollte, die Miri-Grundstücksbesitzer vor übereilten und unüberlegten Veräußerungen zu schützen; es sei denn, man fände eine Erklärung dafür, daß der Besitzer eines Mi-ri-Grundstücks insoweit schutzbedürftiger sei als der Eigentümer eines Grundstücks ⁵⁾.

Man wird sich daher der in der Literatur vertretenen Meinung an-schließen müssen, die der Vorschrift des Art. 36 Bodengesetz die

1) Chiha, S. 238; Padel-Steeg, S. 119

2) s. Chiha, S. 245; Acemoğlu, S. 13; Ömer, S. 20; Padel-Steeg, S. 121f.

3) Chiha, S. 238; Padel-Steeg, S. 119

4) Es handelt sich dabei um das provisorische Gesetz betref-fend Grundstücksveräußerungen, das im Jahre 1913 (1329) er-ging, Acemoğlu, S. 14; Barkan, S. 385

5) vgl. dazu unten S. 18

Absicht des Gesetzgebers unterstellt, dem Staat vom etwaigen Besitzwechsel und dem damit verbundenen Wechsel der Person seiner Steuerschuldner Kenntnis zu verschaffen sowie einer mehrmaligen Veräußerung eines Miri-Grundstücks durch ein und denselben Besitzer entgegenzuwirken ¹⁾.

VI. Die Mülk-Grundstücke

1. Unterscheidungsmerkmale der Grundstücke, die Gegenstand des Privateigentums (mülk) sind

Die Rechtsordnung der Mülk-Grundstücke wurde seit jeher von dem Scheriatrecht bestimmt. Aus diesem Grunde blieben die Mülk-Grundstücke von dem Bodengesetz unerfaßt und unterlagen auch weiterhin, wie der Gesetzgeber in Art. 2 Abs. 2 des Bodengesetzes ausdrücklich feststellte, dem religiösen Recht.

Die Behandlung der Mülk-Grundstücke durch das Bodengesetz erschöpft sich darin, daß Art. 2 Abs. 1 eine kasuistische Aufzählung der einzelnen Mülk-Grundstücksarten gibt:

Grundbesitz, der innerhalb von Städten und Gemeinden belegen ist sowie die angrenzenden Ländereien bis zu einer Ausdehnung von 1/2 Deuneum ²⁾, soweit letztere als Supplement der Ansiedlung gelten (sükna ve tetinmeyî sükna);

Ländereien, die entgeltlich oder unentgeltlich vom Staat einzelnen Privatpersonen zu Volleigentum übertragen worden sind (sahih memluke araziye);

Ländereien, die im Zusammenhang mit Gebietseroberungen unter die Kriegsteilnehmer als Beute verteilt worden sind (araziye vsûriye);

Ländereien, welche der einheimischen Bevölkerung in den eroberten Gebieten, und zwar den Nichtmoslems, gegen Entrichtung einer besonderen Steuer belassen worden

1) Chiha, S. 238 f.; Velidedeoğlu (Un aperçu ..), S. 510

2) ca. 500 m²

sind (araziye haraciye) ¹⁾.

Diese von dem Bodengesetz vornehmlich im Hinblick auf den historischen Ursprung vorgenommene Unterscheidung einzelner Mülk-Grundstücksarten war, wenn man von fiskalischen und administrativen Aspekten einmal absieht, von keiner Bedeutung ²⁾. Entscheidendes rechtliches Kriterium aller Mülk-Grundstücke, insbesondere im Verhältnis zu den zuvor behandelten Miri-Grundstücken, war, daß sie im uneingeschränkten Privateigentum standen.

Dem Privateigentum und damit gleichzeitig den scheriatrechtlichen Regelungen zugeordnet waren, obwohl vom Bodengesetz nicht ausdrücklich erwähnt, auch die auf Miri-Grundstücken errichteten Bauwerke und Pflanzungen (Bäume und Weinstöcke). Die wesentlichen Bestandteile eines Miri-Grundstücks teilten somit nicht die Rechtsnatur und das Schicksal der Hauptsache ³⁾.

2. Die rechtsgeschäftliche Übertragung der Mülk-Grundstücke

a) Allgemeine Grundsätze

Mit dem Erlaß der Mecelle wurden die Mülk-Grundstücke den Vorschriften dieses Gesetzes unterworfen. Entsprechend den scheriatrechtlichen Anschauungen hat das Grundstücksrecht in der Mecelle jedoch keine gesonderte Regelung erfahren. Vielmehr fanden insbesondere die Vorschriften der Mecelle über Kauf und Schenkung - von einigen wenigen Sondervorschriften abgesehen - in gleicher Weise auf bewegliche und unbewegliche Sachen Anwendung ⁴⁾. Gleichwohl ist sowohl dem Scheriatrecht wie auch der Mecelle die Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen nicht unbekannt. Als Immobilien gelten nach diesem Gesetz alle Sachen, deren Transport nicht möglich ist ⁵⁾. Grundstücke und Bauwerke werden von

1) Chiha, S. 24ff.; Ülgenalp, S. 378ff.; Ömer, S. 13ff.; Padel-Steeg, S. 11ff.; Damci, 46f.; Seviğ, S. 218ff.; Köprülü, S. 14ff.

2) Gıral, S. 49; Ömer, S. 15; Damci, S. 48

3) Chiha, S. 143f., 234; Ülgenalp, S. 368f.

In Art. 49 des Bodengesetzes findet sich die Bestimmung, daß diese Bestandteile nur zusammen mit dem Grundstück übertragen werden können; s. auch Chiha, S. 144, 246; Ömer, S. 24

4) Chiha, S. 244

5) Art. 129 Mecelle

dem Gesetz als Beispiele genannt, wodurch gleichzeitig verdeutlicht wird, daß letztere ein vom Grund und Boden losgelöstes Grundeigentum (Mülk) verkörpern.

Die Mülk-Grundstücke waren Gegenstand des freien, unabhängigen Privateigentums. Der Eigentümer hatte das uneingeschränkte Verfügungsrecht inne. Er konnte das Mülk-Grundstück nach Gutdünken veräußern, verschenken, verpfänden und auf testamentarischem Wege vererben.

b) Die Eigentumsübertragung mittels Kaufvertrag

Der Kaufvertrag bildete das rechtliche Instrument für eine entgeltliche Übertragung der Mülk-Grundstücke. Der Kauf kam durch Angebot und Annahme zustande, Art. 167 Mecelle. Der Abschluß war formfrei (Art. 125, 167) und konnte mündlich, schriftlich (Art. 173) und sogar stillschweigend (Art. 175) erfolgen.

In dem Bemühen, sich auch dem Laien verständlich zu machen, wird das Zustandekommen eines Kaufvertrages von der Mecelle zugleich an Hand von Beispielen erläutert. Hinsichtlich des mündlichen Vertragsabschlusses führt Art. 169 aus: "Für Angebot und Annahme bedient man sich am häufigsten eines Dialogs. Beispielsweise sagt der Verkäufer: - ich habe Ihnen diese Sache für 100 Piaster verkauft -, worauf der Käufer erwidert: - ich habe sie von Ihnen gekauft -, oder der Käufer sagt: - ich habe die Sache gekauft - und der Verkäufer antwortet: - ich habe sie ihnen verkauft -. In beiden Fällen ist der Kaufvertrag zustande gekommen. Im ersteren Falle bedeutet die Wendung - ich habe verkauft - das Angebot, und die Wendung - ich habe gekauft - stellt die Annahme dar. Im zweiten Falle bedeuten die Worte - ich habe gekauft - das Angebot und die Worte - ich habe verkauft - die Annahme dar. Der Kaufvertrag ist ebenfalls geschlossen, wenn der Verkäufer anstelle von - ich habe verkauft - ich habe gegeben - oder auch - ich habe Sie zum Eigentümer gemacht - und wenn der Käufer anstelle von - ich habe gekauft - sagt - ich habe zugestimmt - oder - ich nehme an -." Diese Bestimmung, die die Terminologie des Gesetzeswerkes in recht eindrucksvoller Weise veranschaulicht, wird durch weitere Vorschriften noch ergänzt. An Hand von Beispielen wird in Art. 172 dargelegt, daß ein Kaufvertrag nicht zustande kommt, wenn von den Parteien Imperativwendungen als Ausdrucksform verwendet wer-

den. Auch der Gebrauch von Futur-Wendungen wie "ich werde verkaufen" läßt gemäß Art. 171 einen Kaufvertrag nicht zustande kommen. Vielmehr löst eine solche Ausdrucksform nur ein Versprechen (in Form eines Vorvertrages) aus.

Mit Abschluß des Kaufvertrages vollzog sich der Eigentumsübergang auf den Käufer (Art. 125), ohne daß es weiterer rechtlicher Erklärungen oder der Übergabe des Grundstücks durch den Verkäufer bedurft hätte, Art. 369. Dieses streng konsensualistische Prinzip erforderte, daß das Kaufobjekt ebenso wie der zu zahlende Kaufpreis im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses eindeutig bestimmt waren ¹⁾. Ungeachtet des erfolgten Eigentumsübergangs konnte der Verkäufer die Übergabe des Grundstücks bis zur endgültigen Bezahlung des Kaufpreises verweigern ²⁾. Die Übergabe, die im übrigen den Gefahrübergang bewirkte, konnte in der Weise erfolgen, daß der Verkäufer den Käufer zur Inbesitznahme autorisierte, Art. 263. Ebenso wie etwa die mangelnde Geschäftsfähigkeit eines Vertragspartners stand auch die mangelnde Verfügungsbefugnis des Verkäufers der Wirksamkeit des Vertragsabschlusses grundsätzlich entgegen ³⁾. Die Mecelle enthält keinerlei Vorschriften, aus denen sich die Möglichkeit eines (gutgläubigen) Erwerbs vom Nichtberechtigten herleiten ließe. Indes kann angenommen werden, daß unter bestimmten Voraussetzungen Dritterwerber geschützt wurden. Im Gegensatz zu dem Käufer einer beweglichen Sache war der Grundstückskäufer gemäß Art. 253 grundsätzlich berechtigt, dieses weiter zu veräußern, bevor er selbst an dem Grundstück Besitz erlangt hatte. Eine besondere Bedeutung mißt Chehata ⁴⁾ der Übergabe des Grundstücks in den Fällen zu, wo der Abschluß des zugrundeliegenden Kaufvertrages der Wirksamkeit ermangelte. Zwar vermochte die Übergabe nicht einen unwirksamen Kaufvertrag zu heilen und den Eigentumsübergang herbeizuführen. Auch blieb der

1) Art. 237; s. auch Chiha, S. 279; Padel-Steeg, S. 117

2) Milliot, S. 653

3) Art. 378 Mecelle; s. auch Padel-Steeg, S. 117

4) Chehata, S. 41f.

Verkäufer (Eigentümer) berechtigt, das Grundstück von dem Käufer herauszuverlangen. Jedoch bezeichnet es Chehata als einen allgemein anerkannten Grundsatz des hanefitischen Ritus, daß der Käufer, wenn er selbst zwar kein Eigentum wohl aber Besitz an dem verkauften Grundstück erlangt hatte, wirksam über dieses zugunsten Dritter verfügen konnte. Während der Dritte in diesem Fall Eigentum an dem Grundstück erlangte, blieb der ursprüngliche Veräußerer (Eigentümer) mit seinen Rechten auf Schadenserstattungsansprüche gegen den Ersterwerber beschränkt ¹⁾. Chehata leitet einen dahingehenden Schutz des Dritterwerbers aus einzelnen Falllösungen privater Rechtsgelehrter der hanefitischen Richtung her. Auffallend ist, daß dieser Grundsatz nicht für den Verkauf von beweglichen Sachen gegolten haben soll.

Soweit die in der Mecelle getroffenen Regelungen lückenhaft waren, konnten auch nach Erlaß dieses Gesetzes die privaten (hanefitischen) Rechtsbücher zur Rechtsfindung herangezogen werden ²⁾, so daß ein Erwerb vom Nichtberechtigten in der von Chehata angesprochenen Ausgangssituation bejaht werden kann.

Zu erwähnen bleibt, daß die Parteien in der Praxis häufig dazu schritten, sich den erfolgten Vertragsabschluß durch eine "hüccet" genannte Urkunde von einem Scheriatgericht bestätigen zu lassen. Diese Handhabung entsprach keiner rechtlichen Notwendigkeit. Einer solchen Urkunde konnte vielmehr nur Beweisfunktion zukommen ³⁾.

c) Tausch und Schenkung

Der Tausch wurde von der Mecelle als ein Unterfall des Kaufes behandelt, so daß keine besonderen Vorschriften für den Grundstückstausch bestanden.

Auch der Abschluß von Schenkungsverträgen war keinem Formzwang unterworfen. Im Gegensatz zu den für Kauf und Tausch geltenden Regelungen war jedoch für die Wirksamkeit eines Schenkungsvertrages - und somit für den Eigentumsübergang - die Übergabe des

1) Chehata, S. 42

2) s. u.a. auch Onar, S. 127

3) Akipek, S. 261; Ülgenalp, S. 1030

Grundstücks erforderlich, Art. 837. Der Schenker war bis zur Übergabe des Grundstücks an sein Versprechen nicht gebunden.

VII. Das Grundstücksregister- und Grundbuchwesen

Bereits unter der Regentschaft von Suleyman II war im Jahre 1534 (950) erstmalig damit begonnen worden, den in privater Hand befindlichen Grundbesitz in amtlichen Registern zu erfassen. Die in allen Landesteilen durchgeführten Erhebungen fanden ihren Niederschlag in den sogenannten kaiserlichen Registern (defter hakani; kuyudu hakani defterleri) ¹⁾. Bei dieser Aktion dürfte das Interesse im Vordergrund gestanden haben, auf diesem Wege nähere Aufschlüsse über die erzielbaren Steuereinkünfte und die Person der Steuerschuldner zu erhalten. Ursprünglich war vorgesehen, in Abständen von jeweils 100 Jahren neue Erhebungen folgen zu lassen. Dieses Vorhaben wurde jedoch nur noch ein weiteres Mal im Jahre 1634 (1050) in Angriff genommen. In der Folgezeit büßten diese Register bald ihre Bedeutung ein ²⁾.

Der Impuls zu einer Grundbuchorganisation im herkömmlichen Sinne ging im Jahre 1847 (1263) von der Grundbuch-Ausführungsverordnung (Tapu Hakkinda Icrâ Olunacak Nizamât) aus, die den Besitz von Miri-Grundstücken ohne Besitzttitle untersagte. Für die Ausstellung dieser Besitzttitle wurde die einheitliche Zuständigkeit des Defter-i Hakani (kaiserliche Grundbuchbehörde) in Konstantinopel begründet ³⁾.

Die Erteilung der Besitzttitle war mit der Registrierung der betreffenden Grundstücke in dem bei dieser Behörde geführten Register verbunden ⁴⁾.

Die alten Besitzttitle behielten zunächst ihre Gültigkeit. Im Jahre 1859 (1275) erließ der Gesetzgeber eine Grundbuchverordnung (Tapu Nizamnamesi ve zeyilleri), die in Art. 11 den Austausch der alten

1) s. auch Akipek, S. 262; Ülgenalp, S. 366, 528, 536ff.; Güral, S. 54

2) Ülgenalp, S. 536

3) vgl. dazu auch Akipek, S. 263; Güral, S. 55; Ülgenalp, S. 528, 670f.; Acemoğlu, S. 15; Gürzumâr, S. 1

4) Akipek, S. 263; Ülgenalp, S. 528

Besitztitel gegen solche der Grundbuchbehörde anordnete. Indes hat der Gesetzgeber davon abgesehen, die Nichtbefolgung dieser Anordnung mit einer Sanktion zu verbinden ¹⁾.

Im Jahre 1868 (1284) wurde die Verordnung betreffend Grundbuchangelegenheiten erlassen (Tapu Mesaili Hakkindaki Talimat), die in Art. 3 bestimmte, daß sowohl Mülk- als auch Miri-Grundstücke (beim Grundbuchamt) zu registrieren seien ²⁾. Mit der Erfassung der Miri-Grundstücke wurde im Jahre 1872 (1288) begonnen (Yoklama 88). Die Erhebung der Mülk-Grundstücke schloß sich im Jahre 1883 (1299) daran an (Yoklama 99). Im Jahre 1884 (1300) ging man dazu über, beide Grundstücksarten gemeinsam zu erfassen, was dazu führte, daß diese vom Jahre 1899 (1315) ab in einheitliche Register aufgenommen wurden (Zabit Defter) ³⁾. Diese Register wurden zuletzt bei den örtlichen Grundbuchämtern geführt. Indes wurden dem zentralen Register in Konstantinopel weiterhin Registerauszüge übersandt ⁴⁾. Die einheitliche Erfassung des Grundbesitzes versuchte der Gesetzgeber dadurch zu ergänzen, daß er, wie im folgenden noch dargelegt wird, die Mitwirkung der Grundbuchämter bei Grundstücksverkäufen vorschrieb. Insgesamt gesehen blieb jedoch der größte Teil des in privater Hand befindlichen Grundbesitzes von der Registrierung unerfaßt ⁵⁾.

Auch wenn die bei den Grundbuchämtern errichteten Register als Grundbücher bezeichnet wurden, so hatten diese - soweit es die Buchungsmethode betrifft - jedoch noch wenig mit den Grundbüchern im langläufigen Sinne gemeinsam. Und zwar wurden die Grundbücher vornehmlich in der Weise geführt, daß die Grundstücke in chronologischer Reihenfolge ihrer Erfassung auf den Namen ihrer Eigen-

1) Ülgenalp, S. 532f., 850; Acemoğlu, S. 15; Chiha, S. 222ff.

2) Güral, S. 55; Acemoğlu, S. 15

3) Akipek, S. 263f.; Ülgenalp, S. 676f., 686; Gürzumar, S. 5; Velidedeoğlu-Esmer, S. 254f.

4) Akipek, S. 262ff.; Güral, S. 55; Ülgenalp, S. 684; die Eintragungen und Registerauszüge mußten von einer Verwaltungskommission (idare meclis) einzeln beglaubigt werden (tasdikli yoklama kaydi). Dies wurde jedoch häufig versäumt. Im letzteren Falle (tasdiksiz yoklama kaydi) werden die vorgenommenen Registrierungen nicht als wirksame Grundbucheintragungen anerkannt; s. dazu Akipek, S. 262ff.; Velidedeoğlu-Esmer, S. 253f.; Ülgenalp, S. 676ff.; Sungurbey (Diss.), S. 10 Anm. 45 sowie das Urteil des 5. ZivSen. Nr. 5-33-77/44 v. 28.9.1949 (Velidedeoğlu-Esmer, S. 254)

5) Diese Feststellung trifft sowohl auf die Mülk- wie auch auf die Miri-Grundstücke zu

tümer bzw. Besitzer eingetragen wurden ¹⁾. Daneben fand sich aber auch die Methode, die Registrierung auf den Namen der Eigentümer bzw. Besitzer in ihrer alphabetischen Reihenfolge vorzunehmen (fihrist defter) ²⁾.

VIII. Die Rechtslage nach dem Beginn der Einführung der Grundbücher

Im Jahre 1874 (1290) erging eine Grundstücksverordnung (Emlak-i Sirfa Nizamnamesi), die in Abweichung von den scheriatrechtlichen Grundsätzen und den Bestimmungen der Mecelle anordnete, daß der Verkauf von Mülk-Grundstücken vor den zwischenzeitlich etablierten Grundbuchämtern zu erfolgen hat (Art. 1). Die Verordnung sah vor, daß der Verkäufer sein Eigentum dem Grundbuchamt gegenüber durch eine Bescheinigung (ilm-u-haber) des Iman und des Ortsältesten (muhtar) nachzuweisen hatte. Vor dem Grundbuchamt hatten der Verkäufer und der Käufer zu erklären, daß der Verkauf gesetzlich, wahrhaftig und unwiderruflich sei. Der Übertragungsakt war in dem beim Grundbuchamt geführten Register einzutragen und dem Käufer ein Eigentumstitel, der einem Registerauszug entsprach, auszuhändigen (Art. 11) ³⁾.

Nach überwiegender Ansicht wurde durch diese Verordnung jedoch kein zwingendes Recht gesetzt, so daß sich die Wirksamkeit der Kaufverträge und des Eigentumsübergangs bei Mülk-Grundstücken weiterhin ausschließlich nach den Vorschriften der Mecelle beurteilte - also der Abschluß derartiger Verträge nach wie vor keinem Formzwang unterlag ⁴⁾. Dieser Ansicht, derzufolge die Verordnung nur Ordnungsvorschriften beinhaltete, trat im Jahre 1891 (1307) auch die Kommission, die die Mecelle erarbeitet hatte, bei, als sie wegen der entstandenen Rechtsunsicherheit in dieser Frage konsultiert wurde. ⁵⁾

-
- 1) Akipek, S. 264f.; Velidedeoğlu-Esmer, S. 252; Acemoğlu, S. 15
 - 2) Akipek, S. 265; Velidedeoğlu-Esmer, S. 253
 - 3) s. Padel-Steeg, S. 118f.; Akipek, S. 261, 264; Ülgenalp, S. 689; Güral, S. 57; Nord, S. 20
 - 4) Chiha, S. 242ff.; Ülgenalp, S. 689; Berki, Ad D 1944, S. 156, ebenso l. ZivSen. Nr 628/2683 v. 23.10.1936 (Ülgenalp, S. 848); a.A. Güral, S. 57
 - 5) s. dazu Chiha, S. 244; Ülgenalp, S. 689, 848

Die Anordnung, daß Grundstücksverkäufe vor dem Grundbuchamt vorzunehmen sind, wurde im Jahre 1902 (1318) durch ein Dekret (Irade-Seniye) wiederholt und auf Miri-Grundstücke ausgedehnt. Gleichzeitig verbot das Dekret den Gerichten und allen behördlichen Stellen, Klagen anzuhören oder sich mit Streitigkeiten zu befassen, welche Grundstücksverkäufe betrafen, die nicht vor dem Grundbuchamt geschlossen worden waren ¹⁾.

Auch das Gesetz betreffend Grundstücksveräußerungen (Emvali Gayrimenkulin Tasarrufu Hakkindaki Kanunu Muvakkat) ²⁾, das als provisorisches Gesetz im Jahre 1913 (1329) erging, untersagte ausdrücklich den Verkauf von Mülk- und Miri-Grundstücken ohne Mitwirkung des Grundbuchamtes und erneuerte das richterliche Anhörungsverbot ³⁾.

Überwiegend wird angenommen, daß mit dem Erlaß des Dekretes von 1902, spätestens jedoch durch das provisorische Gesetz von 1913 endgültig der Formzwang auch für Mülk-Grundstücke eingeführt wurde und die Nichtbeachtung dieser Formvorschrift die Unwirksamkeit des Kaufvertrages zur Folge hatte ⁴⁾.

Gegen diese Meinung spricht, daß das Dekret von 1902 wie auch das provisorische Gesetz von 1913 keinerlei materiell-rechtliche Sanktionen als Folge eines Verstoßes gegen die von ihnen statuierten Formvorschriften verlauten lassen. Vielmehr erschöpft sich die vom Gesetzgeber ausgesprochene Rechtsfolge in einem behördlichen und gerichtlichen Anhörungsverbot. Wenn es tatsächlich seine Absicht gewesen wäre, Mülk-Grundstücksverkäufe einem Formzwang mit der Wirkung zu unterwerfen, daß Verstöße die Unwirksam-

-
- 1) vgl. Ülgenalp, S. 848ff.; Akipek, S. 262; Güral, S. 57; Acemoğlu, S. 14
 - 2) s. zu diesem Gesetz auch Akipek, S. 264; Güral, S. 57
 - 3) Ülgenalp, S. 528; Güral, S. 57; Sungurbey, S. 168; Köprülü, S. 78
 - 4) Tekinay (MHAD), S. 128; Güral, S. 57, Ülgenalp, S. 848, 857; Velideoğlu-Esmer, S. 547; Postacioğlu (Diss.), S. 174 Ulu, S. 746; vgl. auch den Plenarbeschluß des Vereinigten Senats Nr. 2/40 v. 10.6.1931 (Olgaç-Karahasan: Gayrimenkullerin akid ..., S. 182ff.)

keit des Kaufvertrages nach sich ziehen und den Eigentumsübergang verhindern, wäre zu erwarten gewesen, daß der Gesetzgeber dies in eindeutiger Weise zum Ausdruck gebracht hätte. Dies um so mehr als bekannt war, welche Rechtsunsicherheit zuvor durch die Verordnung von 1874, die entsprechende Anordnungen enthalten hatte, entstanden war.

Auch muß man sich vor Augen halten, daß es dem Gesetzgeber bei seinen Anordnungen ersichtlich darum ging, die Vertragspartner dazu anzuhalten, Grundstückstransaktionen nurmehr noch vor dem Grundbuchamt abzuwickeln. Nun läßt sich einerseits zwar nicht in Frage stellen, daß die Statuierung einer zwingenden Formvorschrift weit mehr als die Schaffung einer rechtsunverbindlichen Ordnungsvorschrift eine zur Verwirklichung dieses Zieles geeignete Maßnahme dargestellt haben würde. Andererseits läßt sich im Hinblick auf die vom Gesetzgeber verfolgte Absicht das gleichzeitig verfügte Anhörungsverbot zwar mit der Annahme einer Ordnungsvorschrift, nicht aber mit der Annahme einer zwingenden Formvorschrift in Einklang bringen. Als Supplement zu einer zwingenden Formvorschrift hätte sich das Anhörungsverbot nur destruktiv auswirken können, da es die Parteien eines Kaufvertrages geneigter machen mußte, einen Formverstoß ungeachtet der daraus resultierenden Unwirksamkeit des Vertragsabschlusses in Kauf zu nehmen. Demgegenüber vermochte das Anhörungsverbot einer an und für sich rechtsunverbindlichen Formvorschrift als Sanktion entscheidendes Gewicht zu verleihen und damit eine echte Funktion zu erfüllen. Man wird daher in der gesetzgeberischen Anordnung, daß Mülk-Grundstücksverkäufe vor dem Grundbuchamt vorzunehmen sind, nur eine Ordnungsvorschrift sehen dürfen, so daß die Grundsätze der Mecelle, denen zufolge sich der Eigentumsübergang bei Mülk-Grundstücken durch formlosen Vertragsabschluß vollzog, letztlich unangetastet blieben ¹⁾.

Anders stellt sich die Situation für die Miri-Grundstücke dar, deren Übertragung bereits gemäß Art. 36 Bodengesetz einem materiell-rechtlichen Formzwang unterworfen war. Die Anordnungen des

1) Diese Auffassung wird gleichfalls vertreten von Acemoğlu, S. 16; Sungurbey (Diss.), S. 167f., S. 171 Anm. 745; ders. (MHAD), S. 151; Mardin, S. 54; Köprülü, S. 78; Chiha, S. 242ff.

Gesetzgebers, daß die Übertragungsgeschäfte fortan vor den Grundbuchbeamten vorzunehmen sind, bedeuteten eine Abänderung der in Art. 36 Bodengesetz insoweit ausgesprochenen Zuständigkeitsregelung, mit der Folge, daß ein Verstoß gegen diese Anordnungen die Unwirksamkeit des Übertragungsgeschäftes nach sich zog.

Noch besonders zu erwähnen ist, daß alle Übertragungsgeschäfte, die in Übereinstimmung mit den vorgenannten Anordnungen vor den Grundbuchämtern abgeschlossen wurden, von den Grundbuchbeamten im Grundbuch zu registrieren waren. Gleichzeitig war dem Erwerber ein Eigentums- bzw. Besitztitel auszuhändigen. Es ist jedoch festzustellen, daß weder die Vornahme der entsprechenden Eintragung im Grundbuch noch die Aushändigung eines Titels an den jeweiligen Erwerber eine Voraussetzung für den Rechtsübergang bildeten. Diese Feststellung gilt sowohl für die Übertragung von Mülk- als auch von Miri-Grundstücken ¹⁾.

1) s. auch Acemoğlu, S. 16; Sungurbey (Diss.), S. 167f., ders. (MHAD), S. 151; Chiha, S. 245, 264f.; Nord, S. 22; a.A. Tekinay, S. 128

2. KAPITEL

DIE REFORM DES ZIVILRECHTS NACH DER GRÜNDUNG DER TÜRKISCHEN REPUBLIK

I. Der Zusammenbruch des Osmanischen Reiches

Das Osmanische Reich hatte bald nach seiner Gründung eine ungestüme territoriale Ausbreitung genommen. Ein Markstein auf dem Wege der Eroberungen war die Einnahme von Konstantinopel im Jahre 1453 gewesen. Den Höhepunkt seiner politischen Macht und Bedeutung wie auch der kulturellen Blüte erlebte das Osmanische Reich unter Suleyman II (1520-1566), nach dessen Tode sich in zunehmendem Maße Verfallerscheinungen bemerkbar machten.

Der Ausgang des Ersten Weltkrieges, an dem die Türkei an der Seite der Mittelmächte teilgenommen hatte, führte zum Verlust der wenigen bis dahin noch verbliebenen Gebiete mit Ausnahme von Ostthrazien und Anatolien und löste den Zusammenbruch des Osmanischen Reiches aus.

Nach der erfolgreichen Beendigung des türkischen Unabhängigkeitskampfes (1920-1922) unter der Führung von Gazi Mustafa Kemal Pascha ("Atatürk") wurde am 23. Oktober 1923 die Republik im Lande ausgerufen.

II. Die Reformbewegung

Die Abschaffung des Sultanats und Kalifats war der erste Schritt auf dem Wege zur Schaffung eines nach westlichem Vorbild ausgerichteten, laizistischen Nationalstaates, wie er von Atatürk mit allen Mitteln angestrebt wurde. Aus der Fülle der weiteren Reformen seien die Einführung der internationalen Zeitrechnung (1926), die Abwendung vom Islam als Staatsreligion (1928), die Ersetzung der arabischen Schrift durch die Lateinschrift (1928) und die den Staatsbürgern gesetzlich auferlegte Verpflichtung, einen Familiennamen

zu führen (1934), besonders erwähnt ¹⁾.

III. Das Ziel der Zivilrechtsreform

Für die Reformbestrebungen mußte die radikale Laizisierung und Modernisierung des türkischen Rechts ein primäres Anliegen sein, denn infolge seiner natur- und ursprungsbedingten Starrheit und Unveränderlichkeit hatte sich insbesondere das Scheriatrecht im Laufe der Zeit immer mehr als ein Hemmnis für die soziale und wirtschaftliche Entwicklung des Landes erwiesen ²⁾.

Sobald sich die aus der nationalistischen Bewegung hervorgegangene Regierung unter Atatürk konsolidiert hatte, ging man daher unverzüglich daran, die als notwendig erkannten Reformen auf dem Gebiet des Rechtswesens in Angriff zu nehmen. Als besonders vordringlich wurde die Schaffung eines neuen Zivilrechts angesehen, dem die Aufgabe zufallen sollte, eine Europäisierung und Laizisierung der islamischen Sitten und Gebräuche herbeizuführen und das Wirtschaftsleben von den lästigen Bindungen des den modernen Bedürfnissen in keiner Weise genügenden religiösen Rechts zu befreien. Eine völlige Abkehr von dem Scheriatrecht, das tief im Volksbewußtsein verwurzelt war, erschien unumgänglich, wenn das gesteckte Ziel nicht gefährdet werden sollte. Demzufolge sah sich der Gesetzgeber vor die Notwendigkeit gestellt, ein völlig neues Zivilrecht zu schaffen. Dabei lag es nahe, mit Hilfe rechtsvergleichender Studien ausländischer Zivilgesetzbücher ein eigenes modernes Zivilrecht zu konzipieren. Dieses Verfahren hätte zwangsläufig viel Zeit in Anspruch genommen. Die Reformer waren sich jedoch bewußt, daß den nach wie vor mit großem Einfluß ausgestatteten reaktionären Kreisen nur durch ein schlagartiges Handeln wirkungsvoll begegnet werden konnte. Angesichts dieses Zeitdrucks, dem sich der Gesetzgeber ausgesetzt sah, blieb ihm nur die Möglichkeit, auf rechtsvergleichende Studien zu verzichten und ein ausländisches Zivilgesetzbuch seiner Wahl in der bestehenden Form zu übernehmen ³⁾.

1) s. Pritsch, S. 138f.

2) vgl. auch Pritsch, S. 140; Davran, S. 44, 48

3) s. Pritsch, S. 140

IV. Die Rezeption der schweizerischen Zivilrechtskodifikationen

1. Die Gründe, die zur Wahl des Schweizerischen Zivilgesetzbuches und des Schweizerischen Obligationenrechts führten.

Von den sich anbietenden ausländischen Zivilrechtskodifikationen konnte der französische Code Civil und das österreichische ABGB nicht in die engere Wahl kommen, weil sie den stürmisch nach Modernisierung des Rechts strebenden Initiatoren der Gesetzesreform als zu veraltet erscheinen mußten.

Auch das italienische Zivilgesetzbuch konnte, wenn auch aus einem anderen Grunde, nicht in Betracht kommen, denn dessen Übernahme hätte im Hinblick auf das streng nach kanonischen Grundsätzen ausgerichteten Eherechts eine vorherige zeitraubende Überarbeitung erforderlich gemacht.

Nicht minder langwierige Übersetzungsarbeiten wären schließlich zu erwarten gewesen, wenn sich der Gesetzgeber zu einer Rezeption des deutschen BGB, dem eine nur schwer verständliche Ausdrucksweise und Terminologie zu eigen ist, entschlossen hätte. Zudem hätte der Versuch einer getreuen Wiedergabe dieser Terminologie durch türkische Rechtsbegriffe zur damaligen Zeit ein aussichtsloses Unterfangen bedeuten müssen ¹⁾.

Die Wahl des türkischen Gesetzgebers fiel daher letztlich auf die Zivilrechtskodifikationen der Schweiz, nämlich das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 und das Schweizerische Obligationenrecht vom 30.11.1911.

Diese Gesetzbücher empfahlen sich durch ihre einfache, anschauliche und leicht verständliche Sprache. Nicht weniger zeichneten sie sich durch einen weitgehenden Verzicht auf Verweisungen und Kürze der einzelnen Paragraphen aus ²⁾.

Da sich das schweizerische Zivilrecht in einem Lande mit verschiedenen Bevölkerungsbestandteilen deutschen, französischen und italienischen Ursprungs bewährt hatte, konnte man von ihm auch eine besondere Elastizität erwarten, die es für eine Rezeption in einem Lande

1) Pritsch, S. 144ff.

2) vgl. auch Pritsch, S. 145; Davran, S. 43f.; Velidedeoğlu (ZSR), S. 53

mit anderer Kultur und Tradition besonders geeignet erscheinen lassen mußte. Ein weiterer Vorzug konnte darin erblickt werden, daß die schweizerischen Kodifikationen in drei verschiedenen Sprachen - den Landessprachen - vorlagen. Zwar wurde den nachfolgenden Übersetzungen nur der französisch-sprachige Text zugrunde gelegt; doch konnte man, sobald Verständnisschwierigkeiten auftauchten, die anderen Fassungen bei der Übersetzung zu Rate ziehen ¹⁾.

Die getroffene Wahl mag aber auch dadurch beeinflusst worden sein, daß viele türkische Juristen wie auch der Justizminister der damaligen Zeit, ein rechtswissenschaftliches Studium in der Schweiz absolviert hatten und somit mit dem schweizerischen Recht bereits vertraut waren ²⁾.

Die amtlichen Protokolle, die authentischen Aufschluß über die Motive des türkischen Gesetzgebers bei der Auswahl des rezipierten Rechts geben könnten, begnügen sich damit, die Qualität des schweizerischen Zivilrechts - das als neuestes und vollkommenstes bezeichnet wird, hervorzuheben ³⁾. Dennoch kann angenommen werden, daß auch die zuvor aufgeführten Gesichtspunkte in gleichem Maße die Rezeption des schweizerischen Zivilrechts bestimmt und beeinflusst haben.

2. Die Besonderheiten der türkischen Gesetzesfassungen

Sobald die Entscheidung zugunsten des Schweizerischen Zivilgesetzbuches und des Schweizerischen Obligationenrechts gefallen war, wurden die Übersetzungsarbeiten in Angriff genommen. Damit verband sich eine nicht leicht zu bewältigende Aufgabe. Handelte es sich doch darum, sich eine der islamischen Jurisprudenz weitgehend unbekannte Terminologie anzueignen und rechtliches Gedankengut mit Ausdrücken wiederzugeben, die ganz anderen Rechtsanschauungen entstammten. Neben der auftretenden Schwierigkeit, für zahlreiche, der türkischen Rechtssprache unbekannte Begriffe, einen entsprechenden sprachlichen Ausdruck erst prägen zu müssen, galt es auch, die so ganz anders geartete Ausdrucksweise des Orientalen dem präzisen und knappen Stil der Vorlagen anzupassen, ohne für den türkischen Leser

1) s. auch Pritsch, S. 143; Velidedeoğlu (ZSR), S. 54; ders. (Medenî Hukuku), S. 48

2) Pritsch, S. 144

3) Pritsch, S. 142f.; Galip, S. 10

unverständlich zu werden. Diesen Bemühungen war nur zum Teil ein Erfolg beschieden. Die Weitschweifigkeit und mangelnde Präzision des Ausdrucks, wie sie sich in den alten türkischen Gesetzen durchweg findet, schlich sich nicht selten auch bei den Übersetzungsarbeiten ein. Bei der Wiedergabe von bis dahin unbekannten Termini half man sich vielfach mit Umschreibungen, welche den schweizerischen Ausdruck zu definieren suchten, anstatt neue türkische Worte zu prägen. Negativ mußte es sich auch auswirken, daß die Übersetzungsarbeiten einer mehrköpfigen Kommission übertragen worden waren, deren Mitglieder je einen bestimmten Abschnitt zu übersetzen hatten. Zwar fanden sich diese nach Abschluß ihrer Arbeiten zusammen, um die von ihnen verwendeten Terminologien aufeinander abzustimmen. Der Zeitdruck verhinderte jedoch den vollen Erfolg dieser Harmonisierungs-bemühungen ¹⁾.

Wenn man davon absieht, daß die handelsrechtlichen Vorschriften der III. Abteilung des Schweizerischen Obligationenrechts nicht mit übernommen wurden, stellten die Gesetzesentwürfe, die der Nationalversammlung zur Verabschiedung vorgelegt wurden, eine nahezu vollständige Wiedergabe der entsprechenden schweizerischen Kodifikationen dar. Zwar war man zunächst versucht gewesen, die familien- und erbrechtlichen Bestimmungen des SZGB teilweise abzuändern und an das überlieferte religiöse Recht anzulehnen. Jedoch setzte sich die Erkenntnis durch, daß derartige Zugeständnisse an die Anschauungswelt der islamischen Bevölkerung das Ziel der angestrebten Reformen gefährden mußten. Nur ein radikaler Bruch mit den bis dahin bestehenden Rechtsanschauungen - insbesondere der Überbewertung der koranischen Gebote - konnte erwarten lassen, die westliche Kultur und Zivilisation den breiten Volksschichten näherzubringen ²⁾.

Dennoch wiesen die der Nationalversammlung vorgelegten Entwürfe nicht nur ungewollte Abweichungen gegenüber den schweizerischen Vorlagen auf. Die bewußt vorgenommenen Änderungen waren jedoch überwiegend zwangsläufig und durch die unterschiedliche Staatsreform der beiden Länder bedingt. So finden sich in den betreffenden schweizerischen Gesetzen zahlreiche Vorschriften, die auf dem kantonalen

1) s. insoweit auch Pritsch, S. 152ff.

2) Pritsch, S. 140f., 157f.

Aufbau der Schweiz basieren. Soweit solche Vorschriften Vorbehalte für kantonales Recht oder kantonale Befugnisse machten, wurden diese - als für den türkischen Einheitsstaat ungeeignet - entweder ersatzlos gestrichen oder es wurde in der türkischen Fassung an ihrer Stelle auf Sondergesetze oder besondere Bestimmungen verwiesen.

Von den auf Zweckmäßigkeitsüberlegungen beruhenden Abänderungen seien hier die Herabsetzung des Mündigkeitsalters von 20 auf 18 Jahre und die Verkürzung der Frist für die außerordentliche Ersitzung von 30 auf 20 Jahre erwähnt. Nicht mit übernommen wurden unter anderem einige Vorschriften des SZGB über die Führung der Grundbücher, da vorgesehen war, diese Materie gesondert zu regeln.¹⁾

Die vorbereiteten Gesetzesentwürfe wurden von der Nationalversammlung im ganzen, ohne vorangehende Debatte über die einzelnen Bestimmungen angenommen und traten am 4.10.1926 als Türkisches Zivilgesetzbuch (Türk Medinî Kanunu) und Türkisches Gesetz über Schuldverhältnisse (Türk Borçlar Kanunu) in Kraft.²⁾

3. Allgemeiner Umfang dieser Rezeption

Auch heute noch wird die Frage diskutiert, ob sich die Rezeption auf die Übernahme der beiden schweizerischen Gesetzbücher - d.h. auf die Übernahme der in diesen zusammengefaßten Rechtsnormen beschränkte, oder aber das schweizerische Rechtssystem als solches Eingang in die türkische Rechtsordnung gefunden hat.

Von einer Verpflanzung des schweizerischen Rechtssystems wird man deshalb nur schwerlich ausgehen können, weil bei gleicher Gelegenheit auch Gesetze anderer Länder von der Türkei übernommen wurden.³⁾ Andererseits hieße es den offenkundigen Willen des damaligen türkischen Gesetzgebers negieren, wenn man annehmen wollte, daß von der Rezeption nur die abstrakten Rechtsnormen der übernommenen Gesetze erfaßt wurden. Es kam diesem weniger darauf an, die Rechtsnormen in ihrer Abstraktheit zu rezipieren als die sich in diesen Normen und ihren systematischen Zusammenhang widerspiegelnde westliche Anschauung und die diesen Normen zugrunde liegenden Lebens-

1) Einen Überblick über die bedeutsamsten Abweichungen geben Pritsch, S. 152ff.; Davran, S. 34ff.; Velidedeoğlu (ZSR), S. 54ff.

2) Pritsch, S. 140

3) Diese Gesetze werden von Pritsch (S. 141f.) im einzelnen aufgeführt

verhältnisse zu übernehmen. Auch ist zu berücksichtigen, daß die übernommenen Vorschriften Produkt und Ausdruck ganz bestimmter weltanschaulicher Vorstellungen und sozialer Prinzipien waren, von denen sie nicht zu trennen sind, ohne eine Verzerrung oder inhaltliche Änderung zu erfahren. An diese Grundsätze war und ist die türkische Rechtspraxis bei der Anwendung der rezipierten Vorschriften gebunden, nicht jedoch an die schweizerische Rechtslehre und Rechtsprechung, so daß sich, wie die Erfahrung auch gezeigt hat, ein spezifisch türkisches Zivilrecht aus den übernommenen Gesetzen entwickeln konnte ¹⁾.

1) Die verschiedenen Ansichten stellt Pritsch (S. 147ff.) gegenüber; vgl. zu diesem Fragenkomplex auch Velidedeoğlu (ZSR), S. 59f.; Hamson, S. 33ff.; Ayiter, S. 41ff.; Neumayer-Dopffel, S. 60

3. KAPITEL

DIE RECHTSGESCHÄFTLICHE ÜBERTRAGUNG VON GRUNDSTÜCKEN NACH GELTENDEM RECHT

I. Allgemeiner Überblick über die Grundlagen des geltenden Liegenschaftsrechtes

Bei der Rezeption des SZGB und SOR haben auch die Immobilienrechtsvorschriften dieser Gesetze eine nahezu vollständige und wortgetreue Wiedergabe im TZGB und TOG gefunden. Diese Vorschriften sind es, die im wesentlichen das geltende Liegenschaftsrecht bestimmen. Ergänzende Regelungen, die vor allem das formelle Grundstücksrecht betreffen, finden sich in der Türkischen Grundbuch-Verordnung (Nr. 288) vom 8.10.1930 ¹⁾ und im Türkischen Grundbuchgesetz (Nr. 2613) von 1934. Mit diesen Rechtsquellen teilweise nicht im Einklang stehen einige vom türkischen Gesetzgeber im Laufe der Zeit erlassene Sondergesetze. Letztere haben jedoch nur ein begrenztes Anwendungsgebiet. Sie werden daher einer gesonderten Betrachtung zu unterziehen sein.

Eine Antwort auf die Frage, ob und inwieweit die in Osmanischer Zeit erlassenen Gesetze und Verfügungen fortgelten, gibt Art. 43 des Durchführungsgesetzes zum TZGB ²⁾. Nach dieser Vorschrift

-
- 1) Die Tapu Sicilli Nizamnamesi ist der Schweizerischen Grundbuch-Verordnung vom 22.2.1910 nachgebildet worden und stimmt weitgehend mit dieser überein
 - 2) Das Durchführungsgesetz Nr. 864 (Kanunu Medeninini Sureti Meri' yet Ve Şekli Tatbiki Hakkinda Kanun = Tatbikat Kanunu) beinhaltet den sogenannten Schlußtitel des SZGB, soweit dieser bei der Rezeption mit übernommen wurde;

gelten die Mecelle und alle sonstigen früher erlassenen Vorschriften, die im Widerspruch zum TZGB und TOG stehen, als aufgehoben. Da das Bodengesetz von 1858 in dieser Bestimmung keine ausdrückliche Erwähnung gefunden hat, wird teilweise angenommen, daß dieses Gesetz bislang nicht außer Kraft gesetzt worden ist ¹⁾ Demzufolge ist es nach dieser Meinung, die auch von den Vereinigten Senaten des Kassationshofes in einer Entscheidung vom 27.1.1943 ²⁾ vertreten wurde, erforderlich, jede Vorschrift des Bodengesetzes einzeln daraufhin zu untersuchen, ob sie mit den im TZGB und TOG getroffenen Regelungen unvereinbar oder durch ein anderes Gesetz ausdrücklich aufgehoben worden ist.

Demgegenüber kommt eine andere Meinung zu dem Ergebnis, daß durch Art. 43 des Durchführungsgesetzes das Bodengesetz in toto außer Kraft gesetzt worden ist ³⁾. Es wird zur Begründung darauf verwiesen, daß das TZGB Vorschriften über alle dinglichen Rechte enthalte und die gleiche Materie mit umfasse, die im Bodengesetz geregelt worden sei ⁴⁾.

Damci ⁵⁾ erwähnt in diesem Zusammenhang ein Protokoll der parlamentarischen Kommission vom 17.12.1934, die seinerzeit zusammengetreten war, um den Entwurf für ein Grundbuch-Gesetz zu beraten. Dieser Entwurf sah eine ausdrückliche Aufhebung des Bodengesetzes vor. Die entsprechende Vorschrift wurde jedoch von der parlamentarischen Kommission gestrichen, weil, wie in dem Protokoll vermerkt wurde, dieses Gesetz nach Überzeugung der Kommission bereits durch Art. 43 des Durchführungsgesetzes außer Kraft gesetzt worden sei ⁶⁾.

Trotz der unterschiedlichen Auffassungen, die hinsichtlich der Interpretation des Art. 43 des Durchführungsgesetzes zum TZGB zu verzeichnen sind, besteht letztlich Einigkeit, daß nicht nur

1) s. dazu Damci, S. 60; Güral, S. 53

2) Amtliches Journal (Resmî Gazete) v. 16.3.1943 Nr. 5356

3) Akipek, S. 266; Göktürk, S. 743f.; Güral, S. 53; Velidedeoğlu-Esmer, S. 550 Anm. 12

4) vgl. Damci, S. 60

5) Damci, a.a.O.

6) Damci, S. 60 Anm. 219

die Mülk-Grundstücke, sondern auch die Miri-Grundstücke den Regelungen des TZGB und TOG unterworfen sind. Soweit sich diese Feststellung auf die Mülk-Grundstücke bezieht, konnte eine Kontroverse von vornherein nicht entstehen, weil diese Grundstücke ihre Regelung in der Mecelle gefunden hatten und dieses Gesetz in Art. 43 des Durchführungsgesetzes zum TZGB expressis verbis außer Kraft gesetzt worden ist.

Anders verhält es sich insoweit mit den Miri-Grundstücken. Während jedoch die eine Meinung davon ausgeht, daß auch das Bodengesetz durch Art. 43 des Durchführungsgesetzes aufgehoben worden ist, gelangt die andere Auffassung zu dem Schluß, daß die auf die Miri-Grundstücke bezogenen Vorschriften des Bodengesetzes mit den Vorschriften des TZGB unvereinbar sind und aus diesem Grunde keine Geltung mehr besitzen ¹⁾.

Diese Unvereinbarkeit wird von den Vereinigten Senaten des Kassationshofes in der bereits zuvor erwähnten Entscheidung vom 27.1.1943 damit begründet, daß die Existenz von Miri-Grundstücken, an denen jeweils gleichzeitig zwei Eigentumsrechte bestehen, den Grundsätzen des TZGB widerspricht. Dazu ist anzumerken, daß der Kassationshof die Rechtsnatur der Miri-Grundstücke weitgehend verkannt hat, denn an diesen Grundstücken hat niemals ein Doppelseigentum bestanden. Alleiniger Eigentümer war vielmehr in allen Fällen der Staat, während dem jeweiligen Besitzer ausschließlich das Tasarrufrecht zustand ²⁾. Dessen ungeachtet trifft jedoch die vom Kassationshof im Ergebnis getroffene Feststellung zu, nämlich daß sich die Miri-Grundstücke nicht in das Sachenrechtssystem des TZGB einordnen lassen. Insbesondere widerspricht es den sachenrechtlichen Grundsätzen des TZGB, daß das Eigentumsrecht einerseits und das Besitz- und Nutzungsrecht andererseits auf ewige Zeit auseinanderfallen, wie es auf die Miri-Grundstücke ausnahmslos zutrifft.

Allgemein wird angenommen, daß das Tasarrufrecht der Miri-Grundstücksbesitzer mit Inkrafttreten des TZGB zum vollen Eigentumsrecht erstarkt ist und sich auf diese Weise eine Vereinigung

1) Reisoğlu (Yeni Tapulama Kanunu ...), S. 21
2) vgl. dazu die Ausführungen oben S. 9ff.

der dinglichen Rechte bei allen Miri-Grundstücken in der Person des Tasarrufrechtsinhabers vollzogen hat mit der Folge, daß diese Grundstücke nicht länger als Miri-Grundstücke fortbestehen, sondern den Mülk-Grundstücken gleichgestellt sind ¹⁾.

Die volle Einmütigkeit ²⁾, die in dieser Frage herrscht, mag die Ursache dafür sein, daß nur vereinzelt der Versuch unternommen wird, den eingenommenen Standpunkt rechtlich zu motivieren. Sungurbey ³⁾ stellt insoweit folgende Überlegungen an: Die Befugnisse, die das Tasarrufrecht beinhaltet, entsprechen weitgehend denen, die das TZGB allein mit dem Eigentumsrecht verbindet. Da nicht auf die einem Recht früher einmal beigelegte Bezeichnung, sondern nur auf die sich aus diesem Recht ergebenden Befugnisse abgestellt werden darf, ist das Tasarrufrecht als Eigentumsrecht im Sinne des TZGB zu klassifizieren. Demgegenüber kommt dem "rakabe" (formelles Eigentum) des Staates an diesen Grundstücken und dem darauf gestützten Recht zur Erhebung einer jährlichen Abgabe ⁴⁾ die Eigenschaft einer das Eigentum beschränkenden Grundlast zu ⁵⁾.

Zusammenfassend bleibt festzustellen, daß die Immobilienrechtsvorschriften des TZGB und TOG auf Mülk- und Miri-Grundstücke einheitlich Anwendung finden.

II. Das Grundeigentum

1. Gegenstand des Grundeigentums

Gegenstand des Grundeigentums bilden die Grundstücke. Als Grund-

-
- 1) Velidedeoğlu (Un aperçu ...), S. 511; Velidedeoğlu-Esmer, S. 550 Anm. 12; Damci (S. 61) spricht von einem "theoretischen" Fortbestehen der Miri-Grundstücke
 - 2) vgl. insoweit auch Araboğlu, S. 109; Acemoğlu, S. 29; Reisoğlu (Yeni Tapulama Kanunu ..), S. 23; Köprülü, S. 25; Güral, S. 53; Göktürk, S. 743; Barkan, S. 419; Seviğ, S. 237
 - 3) Sungurbey (Eleştirileri), S. 54,60
 - 4) Diese Abgabe ist durch das Gesetz Nr. 552 v. 2.5.1925 (1341) aufgehoben worden, Acemoğlu, S. 29 Anm. 20; s. auch Damci, S. 62
 - 5) Sungurbey, a.a.O., S. 60; dieser Argumentation hat sich auch Acemoğlu (S. 29) angeschlossen

stücke im Sinne des TZGB gelten gemäß Art. 632 ¹⁾ (= Art. 655 SZGB) ²⁾

1. Liegenschaften,
2. die im Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte,
3. Bergwerke.

Eine Definition des Begriffes "Liegenschaften" findet sich in Art. 3 S. 2 TGVO: Liegenschaft ist jede Bodenfläche mit ausreichend ³⁾ bestimmten und festgelegten Grenzen.

Wenn das TZGB außer den Liegenschaften auch bestimmte Rechte als Grundstücke behandelt wissen will, so deshalb, weil die wirtschaftliche Bedeutung dieser Rechte derjenigen der Liegenschaften in der Regel nicht nachsteht. Als selbständige und dauernde Rechte im Sinne des Art. 632 Ziff. 2 TZGB kommen das Baurecht (Art. 751 TZGB = Art. 779 SZGB) und das Quellenrecht (Art. 752 TZGB = Art. 780 SZGB) in Betracht. Diese Rechte, die zunächst als Dienstbarkeiten an fremden Grundstücken zur Entstehung gelangen müssen, können bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen mittels Eintragung auf ein eigenes Grundbuchblatt zur Selbständigkeit und damit zu gesonderten Objekten des Grundeigentums erhoben werden (Art. 751 S. 3, Art. 752 Abs. 2 TZGB; Art. 8,9 TGVO).

Weitgehend gegenstandslos ist Ziffer 3 des Art. 632 geworden, weil für die Bergwerke durch das Bergbaugesetz Nr. 6309 (Maden Kanunu) Sonderregelungen geschaffen worden sind ⁴⁾.

2. Umfang des Grundeigentums

Das Eigentum an einem Grundstück erstreckt sich grundsätzlich auch auf dessen Bestandteile. Als Bestandteile eines Grundstücks

-
- 1) Wiederholt in Art. 911 TZGB (= Art. 943 SZGB)
 - 2) Der schweizerische Gesetzgeber hat zwischenzeitlich eine weitere Ziffer (4) eingefügt und die Kasuistik auf Miteigentumsanteile an Grundstücken erweitert
wörtlich: mit ausreichenden Mitteln
 - 3) s. dazu Reisoglu (Eğya Hukuku), S. 160
 - 4)

gelten Bauten ¹⁾ (Art. 619, 644 TZGB = Art. 642, 667 SZGB) und Pflanzen (Art. 620, 644 = Art. 643, 667 TZGB), die sich auf dem Grundstück befinden. Eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß Grundstücksbestandteile nicht Objekte besonderer Rechte sein können, gilt für Bauten ²⁾ und Pflanzen ³⁾, die nur zu einem vorübergehenden Zwecke mit dem Grundstück verbunden sind. Darüber hinaus hat der türkische Kassationshof in einer Entscheidung dem Umstand Rechnung getragen, daß nach früherem Recht Bauten und Anpflanzungen Gegenstand selbständiger Rechte waren und als solche auch selbständig erworben werden konnten. Der Kassationshof gelangt zu dem Ergebnis, daß die auf Grund der früheren Rechtsordnung wohl erworbenen Rechte Dritter an Bauwerken und Pflanzen auch nach dem Inkrafttreten des TZGB Bestand haben und diese daher nicht als Bestandteile des betreffenden Grundstücks gelten ⁴⁾.

III. Die Übertragung des Grundeigentums

1. Allgemeine Grundsätze

Das Grundeigentum ist übertragbar. Der Eigentümer eines Grundstücks kann über dieses durch Rechtsgeschäft unter Lebenden wie auch von Todes wegen (Testament, Erbvertrag) verfügen. Soweit es die Übertragung eines Grundstücks durch Rechtsgeschäft unter Lebenden betrifft, muß grundsätzlich zwischen dem Verpflichtungsgeschäft einerseits und dem Verfügungsgeschäft andererseits unterschieden werden.

2. Das Verpflichtungsgeschäft

a) Die rechtliche Wirkung des Vertragsabschlusses

Der Abschluß eines Kauf-, Tausch- oder Schenkungsvertrages vermag den Eigentumsübergang nicht unmittelbar herbeizuführen. Vielmehr erhält der Erwerber auf Grund eines solchen Vertrages

1) Soweit nicht Art. 632 Ziff. 2 TZGB eingreift
2) Art. 654 TZGB (= Art. 677 SZGB)
3) Art. 655 TZGB (= Art. 678 SZGB)
4) Urteil des Vereinigten Zivilsen. Nr. 3/135-111 v. 16.5.1951 (Ad.D. 1952, S. 309); s. auch Velidedeoğlu-Esmer, S. 188

nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Eigentumsverschaffung gegenüber dem Veräußerer ¹⁾. Dementsprechend haben diese Vertragsverhältnisse ihre gesetzliche Regelung nicht im Sachenrechtsteil des TZGB, sondern im Obligationenrecht gefunden.

b) Die Formbedürftigkeit der Verträge

Das Obligationenrecht bestimmt, daß Kauf-, Tausch- und Schenkungsversprechen, welche die Übertragung von Grundstücken zum Gegenstand haben, mittels öffentlicher Urkunde (resmi senede) abzuschließen sind ²⁾. Dies bedeutet eine Durchbrechung des Prinzips der Formfreiheit, von dem das Obligationenrecht ansonsten beherrscht wird.

Der für Grundstücksverträge statuierte Formzwang soll vornehmlich dazu dienen, die Parteien vor unbedachten und übereilten Vertragsabschlüssen zu schützen, und zwar weniger im Hinblick auf den meist nicht unerheblichen Wert eines Grundstücks als vielmehr wegen der grundsätzlichen sozialen Bedeutung des Grundeigentums. Auch stellt der Formzwang ein geeignetes Mittel dafür dar, eine vollständige und präzise Abfassung der vertraglichen Vereinbarungen zu sichern, um auf diese Weise eine geeignete Grundlage für die spätere Eintragung im Grundbuch zu schaffen ³⁾.

Auch das TZGB enthält eine Bestimmung, die ausdrücklich den Formzwang für Grundstücksverträge postuliert: "Der Vertrag auf Eigentumsübertragung an Grundstücken bedarf zu seiner Wirksamkeit der öffentlichen Form (resmi sekil)", Art. 634 TZGB ⁴⁾. Dieser zusätzlichen Formvorschrift kommt keinerlei gesonderte Bedeutung zu. Ihre Aufnahme unter den sachenrechtlichen Vorschriften des TZGB erklärt sich daraus, daß, wie später noch darzulegen sein wird, die Einhaltung der schuldrechtlichen Formvorschriften bei Grundstücksgeschäften für den Eigentumsübergang und somit für die Ver-

1) Art. 642 TZGB sowie Art. 182, 232, 237 Abs. 3 TOG (= Art. 665 SZGB, 184, 237, 242 Abs. 3 SOR).

2) Art. 213, 232, 238 Abs. 2 TOG (= Art. 216, 237, 243 Abs. 2 SOR); nach h.M. hat ein Formverstoß die Nichtigkeit des Vertragsabschlusses zur Folge; vgl. Acemoğlu, S. 41f.; Sungurbey (Diss.), S. 89; Postacioğlu (Diss.), S. 183f.; Schwarz (Borçlar Hukuku), S. 247; von Tuhr (Borçlar Hukuku), S. 245

3) s. auch Araboğlu, S. 74; Acemoğlu, S. 40; Postacioğlu (Diss.), S. 69

4) Art. 634 TZGB entspricht Art. 657 SZGB

Änderung der dinglichen Rechtslage nicht ohne Belang ist.

Es fällt auf, daß die angesprochenen Formvorschriften einerseits den Ausdruck "öffentliche Form" und andererseits den Terminus "öffentliche Urkunde" Verwendung finden lassen. Dieser uneinheitlichen Terminologie liegen indes keine rechtlichen Überlegungen zugrunde. Sie muß vielmehr als unbeabsichtigt angesehen werden und findet ihre Erklärung einzig und allein in dem Zeitdruck, von dem die Übersetzungsarbeiten bei der Rezeption beherrscht wurden. Die entsprechenden Formvorschriften der schweizerischen Gesetze verwenden einheitlich den weitaus eindeutigeren Terminus "öffentliche Beurkundung". Die türkische Praxis hat die rezipierten Formvorschriften stets und zutreffend im letzteren Sinne interpretiert ¹⁾.

Der Beurkundungszwang erstreckt sich auf alle objektiv wesentlichen Bestimmungen des Vertrages. Andere Vereinbarungen bedürfen der Beurkundung nur insoweit als sie nach den Vorstellungen der Parteien als *conditio sine qua non* des Vertragsabschlusses gelten sollen. Als objektiv wesentliche Bestimmungen sind insbesondere die Absprachen über Art und Umfang von Leistung und Gegenleistung formgebunden. Es genügt also nicht, daß die Parteien sich über diese Punkte geeinigt haben. Vielmehr ist die öffentliche Beurkundung der insoweit getroffenen Absprachen erforderlich, wenn ein wirksamer Vertrag zwischen den Parteien zustande kommen soll ²⁾.

c) Das Beurkundungsverfahren

aa) Die Zuständigkeitsfrage

Der Umstand, daß die rezipierten Gesetze zwar die öffentliche Beurkundung für Grundstücksverträge vorschreiben, nicht jedoch das insoweit einzuhaltende Verfahren regeln, hat große Unsicherheit in der türkischen Rechtspraxis ausgelöst. Der schweizerische

-
- 1) s. u.a. Olgaç-Karahasan (Gayrimenkullerin akid ...) S. 4ff. sowie Velidedeoğlu-Esmer, S. 222 mit weiteren Literaturnachweisen
2) vgl. auch Araboğlu, S. 76f.; Olgaç-Karahasan, a.a.O., S. 10; Postacioğlu (Diss.), S. 59

Gesetzgeber hat, wie sich aus Art. 55 des Schlußtitels SZGB ergibt, die Ausgestaltung des Beurkundungsverfahrens bei der Neuordnung seines Zivilrechts der kantonalen Gesetzgebung überlassen. Diese Vorschrift konnte im Hinblick auf die unterschiedliche Staatsform vom dem türkischen Gesetzgeber verständlicherweise nicht übernommen werden. Andererseits wurde es versäumt, die für die Schweiz getroffene Regelung durch eine andere zu ersetzen. Es blieb somit zunächst allein der türkischen Rechtspraxis überlassen, die entstandene Gesetzeslücke zu schließen.

Die Frage, welche Stelle für die Beurkundung von Grundstücksverträgen zuständig ist, wurde alsbald Gegenstand eines erheblichen Meinungsstreites in der Türkei. Während eine Meinung es als Aufgabe der Notare ansah, die Beurkundung derartiger Verträge vorzunehmen, versuchten die Vertreter der Gegenmeinung darzulegen, daß allein die Grundbuchbeamten für das Beurkundungsverfahren zuständig seien. Die Möglichkeit, daß beide Stellen nebeneinander zuständig sein könnten, wurde - und dies mag verwundern - nicht ernsthaft in Betracht gezogen ¹⁾.

Auf die in der Schweiz geübte Praxis konnte sich keines der beiden Lager berufen, da einzelne Kantone die Notare, andere wiederum die Grundbuchbeamten mit dem Beurkundungsverfahren betraut hatten und somit eine kantonal unterschiedliche Handhabung bestand.

Mit dem Erlaß der TGVO im Jahre 1930 ergriff erstmalig der türkische Gesetzgeber in dieser Frage die Initiative. Die in Art. 19 dieser Verordnung getroffene Bestimmung, daß Grundstücksverträge von den Grundbuchbeamten zu errichten sind, vermochte jedoch den entbrannten Meinungsstreit nicht aus der Welt zu schaffen ²⁾. Auch die Senate des türkischen Kassationshofes sprachen sich weiterhin einmal für die Zuständigkeit der Notare, ein anderes Mal für die der Grundbuchbeamten aus. Dies ging soweit, daß nicht ein-

1) s. dazu Araboğlu, S. 32f.; Postacioğlu (Diss.), S. 41ff.; Saymen-Elbir (Eşya Hukuku), S. 306f.
2) Postacioğlu, a.a.O.

mal die einzelnen Senate eine kontinuierliche Haltung einnehmen. Der Kassationshof sah sich daher zu einer Plenarentscheidung ¹⁾ veranlaßt.

In dem Plenarbeschluß zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung vom 10.6.1931 (Nr. 2/40) ²⁾, dem ein Grundstückskauf zugrunde liegt, kommt der Vereinigte Senat zu dem Ergebnis, daß die Beurkundung von Grundstücksverträgen ausschließlich in den Händen der Grundbuchbeamten liegt und ein Vertrag in notarieller Form unwirksam ist. Das Gericht führt zur Begründung aus, daß der in Art. 634 TZGB und Art. 213 TOG für die Beurkundung verwendete Begriff "öffentliche Form" bzw. "öffentliche Urkunde" neutral sei und somit keiner der vertretenen Meinungen entgegenstehe. Indes seien im Notargesetz Nr. 3456 die Zuständigkeiten und Befugnisse der Notare detailliert aufgeführt, ohne daß die Beurkundung von Grundstückskaufverträgen in dem Kompetenzkatalog enthalten sei. Daraus müsse geschlossen werden, daß die Beurkundung solcher Verträge nicht zu den Aufgaben eines Notars zu zählen ist. Demgegenüber sei die Zuständigkeit der Grundbuchbeamten für die Beurkundung von Grundstücksübertragungsverträgen in Art. 19 TGVO ausdrücklich erwähnt. Auch sei die Vorschrift des Art. 1 Abs. 2 des Gesetzes von 1329 ³⁾ zu berücksichtigen, die weiterhin in Kraft sei und eine entsprechende Regelung der Zuständigkeit beinhalte ⁴⁾.

Erst das Türkische Grundbuchgesetz, das im Jahre 1943 erging, führte dazu, daß der Meinungsstreit auch in der Literatur weitgehend beigelegt wurde ⁵⁾. Art. 26 dieses Gesetzes trug der Plenarentscheidung des Kassationshofes Rechnung und bestimmte in Übereinstimmung mit Art. 19 TGVO, daß Grundstücksübertragungsverträge von den Grundbuchbeamten zu beurkunden sind.

-
- 1) Plenarbeschlüsse der Vereinigten Senate des Kassationsgerichtshofes sind für die Gerichte bindend
 - 2) s. Olgaç-Karahasan (Gayrimenkullerin akid ...), S. 183f.; eine kurze Zusammenfassung der Entscheidungsgründe gibt auch Araboğlu, S. 83
 - 3) vgl. zu diesem Gesetz auch die Ausführungen oben S. 23
 - 4) s. insoweit die kritischen Anmerkungen zu diesem Beschluß von Postacioğlu (Diss.), S. 46f.
 - 5) Postacioğlu a.a.O., S. 47f.

Unterdessen ging die tägliche Praxis weiterhin ihre eigenen Wege. Die Grundbuchbeamten hatten es zunächst in großer Einmütigkeit grundsätzlich abgelehnt, bei der Beurkundung von Grundstücksverträgen mitzuwirken. Diese Haltung dürfte nicht zuletzt daraus erwachsen sein, daß die Beurkundung derartiger Verträge die Grundbuchbeamten überforderte. Die Grundbuchbeamten waren zwar in der letzten Phase der osmanischen Zeit vom dem Gesetzgeber bei Grundstücksgeschäften eingeschaltet worden. Ihre Aufgabe beschränkte sich jedoch darauf, die Einigungserklärungen (takrir) der Vertragsparteien entgegenzunehmen und den erklärten Eigentums- bzw. Besitzwechsel zur Eintragung zu bringen ¹⁾. Dementsprechend hielten sich die Grundbuchbeamten in den ersten Jahren nach der Rezeption nur für die Vornahme der grundbuchlichen Eintragungen zuständig ²⁾.

Eine veränderte Haltung nahmen die Grundbuchbeamten erst ein, nachdem im Jahre 1934 das Grundbuchgesetz ergangen war, von dessen Anordnungen sie sich direkt angesprochen fühlten. Jedoch befolgten die Grundbuchbeamten auch die in diesem Gesetz getroffenen Anordnungen nur zögernd. So legten sie die Vorschrift des Art. 26 Grundbuchgesetz dahingehend aus, daß sie, die Grundbuchbeamten, die Beurkundung von Grundstücksverträgen nur vorzunehmen hatten, wenn gleichzeitig die Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch erfolgen sollte ³⁾. An dieser eigenwilligen Interpretation halten die Grundbuchbeamten sehr zum Nachteil eines reibungslosen Grundstücksverkehrs teilweise auch heute noch fest.

Die Situation des Grundstücksverkehrs wurde noch verschärft, als der Kassationshof in einer Plenarentscheidung vom 19.10.1936 (Nr. 937/15) ⁴⁾ zu dem Ergebnis kam, daß die Grundbuchbeamten auch für die Beurkundung von Grundstückskauf-Vorverträgen allein zuständig seien. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte man überwiegend die Beurkundung derartiger Vorverträge als Vorrecht der Notare erachtet ⁵⁾.

1) s. auch Postacioğlu (Diss.), S. 74

2) Postacioğlu a.a.O.

3) Postacioğlu (Diss.), S. 74, 244; Araboğlu, S. 84f.

4) s. auch Araboğlu, S. 86; Saymen-Elbir (Eşya Hukuku), S. 308

5) Kocayusufpaşaoğlu, S. 116 Anm. 4 mit weiteren Nachweisen

Dieser Beschluß sah sich massiver Kritik von allen Seiten ausgesetzt, die dazu beigetragen haben mag, daß der türkische Gesetzgeber im Jahre 1942 den Art. 44 Abschnitt B des Notargesetzes durch Gesetz Nr. 4166 erweiterte und zusätzlich die Beurkundung von Vorverträgen in den Kompetenzkatalog für Notare aufnahm. Diese Gesetzesänderung hatte zur Folge, daß auch die Rechtsprechung fortan die notarielle Urkunde bei Grundstücks-Vorverträgen als ausreichend anerkannte.

Vereinzelte wird in der Literatur ¹⁾ angenommen, daß durch den geänderten Art. 44 B des Notargesetzes den Notaren die Befugnis zur Beurkundung von Grundstückskaufverträgen gesetzlich zuerkannt worden ist. Und zwar sei, wie diese Autoren meinen, der von dem Änderungsgesetz Nr. 4166 insoweit verwendete Begriff "satis vaadi" (wörtlich: Verkaufsversprechen) nicht als Kaufvorvertrag, sondern als Kaufvertrag zu interpretieren. Sungurbey ²⁾ begründet diese Ansicht damit, daß der Gesetzgeber bei Erlass des Änderungsgesetzes unter dem nachhaltigen Eindruck der Mecelle nicht genau zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zu unterscheiden gewußt hätte. Der Gesetzgeber habe sich bei der Abfassung dieses Gesetzes von der fälschlichen Annahme leiten lassen, daß, entsprechend den scheriatrechtlichen Grundsätzen, auch nach geltendem Recht der Eigentumsübergang durch den Abschluß eines Kaufvertrages unmittelbar herbeigeführt würde und der Kaufvorvertrag demgegenüber das rechtliche Instrument sei, um (nur) eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung zu begründen. Daraus erkläre sich, daß das Änderungsgesetz Nr. 4166 von "satis vaadi" spreche, obwohl der Gesetzgeber den eigentlichen schuldrechtlichen Vertrag, nämlich den Kaufvertrag, gemeint habe. Die Vorstellung, daß der Gesetzgeber den Begriff "satis vaadi" bei der Abfassung des Änderungsgesetzes irrtümlich verwendet hat, fällt jedoch schwer, wenn man bedenkt, daß der türkische Gesetzgeber mittlerweile 16 Jahre Gelegenheit gehabt hatte, sich zumindest mit den fundamentalen Grundsätzen des rezipierten Rechts vertraut zu machen. Es muß daher angenommen werden, daß der Gesetzgeber in Übereinstimmung mit dem Wortlaut des Änderungsge-

1) Sungurbey (Kişisel Hakların ...), S. 10ff., 13; ders. (Diss.), S. 89; Acemoğlu, S. 58; Kocayusufpaşaoğlu, S. 84f.
2) Sungurbey (Kişisel Hakların ...), S. 12f.

setzes Nr. 4166 die Zuständigkeit der Notare tatsächlich nur auf die Beurkundung von Vorverträgen erstreckt wissen wollte.

Im Ergebnis ist also mit der herrschenden Meinung ¹⁾ festzustellen, daß in der Türkei die Zuständigkeit für die Beurkundung von Grundstücksveräußerungsverträgen ausschließlich bei den Grundbuchbeamten ruht.

Eine Regelung der örtlichen Zuständigkeit ist von Seiten des türkischen Gesetzgebers nicht erfolgt. Im Schrifttum herrscht insoweit die Meinung vor, daß für die Beurkundung von Grundstücksverträgen ausschließlich das Grundbuchamt zuständig ist, in dessen Bezirk das jeweils in Frage stehende Grundstück belegen ist ²⁾.

bb) Die Durchführung des Verfahrens

Das Verfahren, das die Grundbuchbeamten bei der Vornahme der öffentlichen Beurkundung einzuhalten haben, ist vornehmlich in der TGVO geregelt worden. Die öffentliche Beurkundung verlangt, daß der Vertragstext von dem Grundbuchbeamten aufgesetzt wird, Art. 19 TGVO. Damit die Vertragsparteien ihr Einverständnis mit dem Inhalt der Vertragsurkunde erklären können, hat der Grundbuchbeamte diese den Parteien in Gegenwart von zwei Zeugen zu verlesen. Alsdann ist die Vertragsurkunde von den Parteien, den hinzugezogenen Zeugen und dem Urkundsbeamten eigenhändig zu unterzeichnen, Art. 26 Grundbuchgesetz. Die Vertragsparteien können sich von Dritten vertreten lassen. In diesen Fällen ist die Eigenhändigkeit der Unterschrift gewahrt, wenn der Vertreter bzw. Bevollmächtigte anstelle der von ihm vertretenen Vertragspartei seine handschriftliche Unterschrift unter der Vertragsurkunde leistet ³⁾.

Soweit es die Unterschriftsleistung der Zeugen und deren Hinzuziehung betrifft, wird in der entsprechenden Anordnung des Ge-

-
- 1) s. u.a. Akipek, S. 313; Olgaç-Karahasan (Gayrimenkullerin akid ...), S. 5; ebenso der türkische Kassationsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung
 - 2) Postacıoğlu (Diss.), S. 50; Reisoğlu (Eşya Hukuku), S. 184 Anm. 41
 - 3) Olgaç-Karahasan a.a.O., S. 7

setzgebers nur eine Ordnungsvorschrift gesehen, deren Nichteinhaltung die Wirksamkeit des Vertragsabschlusses nicht zu beeinträchtigen vermag ¹⁾. In die Kategorie der Ordnungsvorschriften ist auch die Bestimmung des Art. 27 Grundbuchgesetz TGVO einzuordnen, die besagt, daß auf der Vertragsurkunde von dem Urkundsbeamten je ein Passbild der Vertragspartner anzubringen ist ²⁾.

3. Der Vorvertrag

a) Begriff und Inhalt

Im Hinblick darauf, daß nach dem geltenden türkischen Recht Grundstückskaufverträge wirksam nur vor dem Grundbuchamt errichtet werden können, kommt dem Vorvertrag im Bereich des Grundstücksverkehrs eine besondere Bedeutung zu.

Als Vorvertrag gilt gemäß Art. 22 Abs. 1 TOG (Art. 22 Abs. 1 SOR) eine Vereinbarung, die zum Abschluß eines zukünftigen schuldrechtlichen Vertrages (den Hauptvertrag) verpflichtet. Die Wirksamkeit eines solchen Vorvertrages setzt voraus, daß darin die wesentlichen von den Vertragspartnern in dem zukünftigen Hauptvertrag zu übernehmenden Vertragspflichten zumindest insoweit festgelegt werden, daß diese, wenn auch noch Einzelheiten offenbleiben, bestimmbar sind. Demzufolge muß ein Vorvertrag, der auf den Abschluß eines Grundstücksvertrages gerichtet ist, sowohl das Grundstück, welches Gegenstand des Kaufvertrages bilden soll, wie auch den späteren Kaufpreis bestimmt oder bestimmbar bezeichnen ³⁾.

In der Literatur trifft man die Meinung an, daß eine von den Vertragsparteien als Kaufvorvertrag (satis vaadi) bezeichnete Vereinbarung stets als Kaufvertrag zu werten ist, wenn der Kaufgegenstand und der Kaufpreis in dieser Vereinbarung eindeutig bestimmt worden sind ⁴⁾. Diese Ansicht übersieht jedoch, daß das

1) Olgaç-Karahasan, a.a.O., S. 7; Postacioglu, S. 50,52; Reisoğlu (Eşya Hukuku), S. 184 Anm. 41

2) s. auch Olgaç-Karahasan, a.a.O., S. 6

3) Saymen-Elbir (Borçlar Hukuku), S. 192; Kocayusufpaşaoğlu, S. 113

4) Olgaç-Karahasan, a.a.O., S. 73f.; von Tuhr (Borçlar Hukuku), S. 278

Schuldrecht von dem Prinzip der Vertragsfreiheit beherrscht wird und es folglich den Vertragspartnern unbenommen bleiben muß, einen Vorvertrag anstelle eines Kaufvertrages auch dann zu schließen, wenn Kaufgegenstand und Kaufpreis im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses keiner weiteren Konkretisierung mehr bedürfen¹⁾. Andererseits wird bei einer derartigen Sachlage die Auslegung des Vertrages häufig ergeben, daß der Wille der Parteien in der Tat auf den Abschluß eines Kaufvertrages gerichtet war und es sich somit entgegen der von den Parteien für den Vertrag gewählten Bezeichnung um einen Kaufvertrag handelt.

b) Formerfordernisse

Wo das Gesetz für die Vornahme eines Vertrages eine bestimmte Form vorschreibt, muß gemäß Art. 22 Abs. 2 TOG auch der Vorvertrag grundsätzlich dieser Form genügen. Diese vom Gesetzgeber getroffene Anordnung erklärt sich daraus, daß andernfalls die Formvorschriften umgangen werden könnten²⁾.

Sofern ein Vorvertrag auf den Abschluß eines Grundstückskaufvertrages gerichtet ist, bedarf der Vorvertrag der öffentlichen Form. Obwohl sich diese Notwendigkeit bereits zwingend aus Art. 22 Abs. 2 TOG ergibt, hat es der Gesetzgeber für angebracht gehalten, zusätzlich eine entsprechende spezielle Bestimmung für Grundstückskauf-Vorverträge in Art. 213 S. 2 TOG (= Art. 216 Abs. 2 SOR) aufzunehmen.

Soweit Art. 213 S. 2 TOG bestimmt, daß der Vorvertrag in öffentlicher Form (wörtlich: öffentliche Urkunde / resmi senet) zu errichten ist, besteht mittlerweile Einigkeit, daß diese Bestimmung die öffentliche Beurkundung eines solchen Vertrages verlangt³⁾. Auch der türkische Kassationsgerichtshof hat in seinen Entscheidungen in Übereinstimmung mit dieser Auffassung wiederholt

-
- 1) s. auch Saymen-Elbir (Eşya Hukuku), S. 190f.
 - 2) Saymen-Elbir, a.a.O., S. 193; Kocayusufpaşaoğlu, S. 115
 - 3) Olgaç-Karahasan (Gayrimenkullerin akid ...), S. 71; Kocayusufpaşaoğlu, S. 125

festgestellt, daß ein nur in beglaubigter Form geschlossener Grundstückskauf-Vorvertrag keine Gültigkeit besitzt ¹⁾.

Der Vorvertrag ist ein zweiseitiger Vertrag. Die allgemein für diesen Vertragstyp verwendete türkische Bezeichnung satis vaadi (wörtlich: Verkaufsversprechen) ist insoweit leicht mißverständlich. Demzufolge muß der beurkundete Vorvertrag von beiden Vertragsteilen unterschrieben werden ²⁾. Es ist nicht ausreichend, daß zunächst nur der eine Vertragsteil seine Unterschrift unter dem beurkundeten Vorvertrag leistet und der andere Teil später mit seiner Unterschrift die Annahme erklärt. Denn ebenso wie für die Beurkundung von Grundstückskaufverträgen gilt auch für das bei Vorverträgen einzuhaltende Beurkundungsverfahren, daß beide Vertragspartner gleichzeitig anwesend sein müssen, da es im türkischen Recht an einer der Vorschriften des § 128 BGB entsprechenden Regelung fehlt ³⁾.

Wie sich aus Art. 44 des Notargesetzes in der durch Gesetz Nr. 4166 vom 14.1.1942 geänderten Fassung ergibt, sind in der Türkei für die Beurkundung von Grundstückskauf-Vorverträgen grundsätzlich die Notare zuständig ^{4) 5)}. Daneben ist aber auch die Zuständigkeit der Grundbuchämter für die Beurkundung derartiger Verträge weiterhin bestehen geblieben ⁶⁾.

- c) Die Möglichkeit, auf Grund des Vorvertrages die Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch zu erwirken

Der schuldrechtliche Anspruch, der sich aus einem Grundstücks-

-
- 1) vgl. dazu die Rechtsprechungsnachweise bei Kocayusufpaşaoğlu, S. 125 Anm. 24
 - 2) Olgaç-Karahasan, a.a.O., S. 71, 320f.; Kocayusufpaşaoğlu, S. 128
 - 3) Olgaç-Karahasan, a.a.O., S. 71; Kocayusufpaşaoğlu, S. 135f.
 - 4) s. oben S. 44f.
 - 5) Der 5. ZivSen. des Kassationsgerichtshofes hat in einem Urteil (Nr. 7414/5243) v. 13.11.1953 einen Grundstückskauf-Vorvertrag, der vor dem Erlass des Änderungsgesetzes Nr. 4166 von einem Notar beurkundet worden war, nochmals für unwirksam erklärt, Olgaç-Karahasan, a.a.O., S. 70
 - 6) Saymen-Elbir (Eşya Hukuku), S. 309; Kocayusufpaşaoğlu, S. 118; Olgaç-Karahasan, a.a.O., S. 71

kauf-Vorvertrag zugunsten des potentiellen Käufers ergibt, kann in gleicher Weise wie der Anspruch aus einem Kaufvertrag durch eine Vormerkung im Grundbuch gesichert werden ¹⁾, wodurch dieser schuldrechtliche Anspruch Wirkung auch gegenüber Dritten gewinnt, Art. 919 TZGB (= Art. 959 SZGB) ²⁾.

Eine entsprechende Bestimmung, welche den Anspruch aus einem Grundstückskauf-Vorvertrag für vormerkungsfähig erklärt, wurde am 6.1.1954 durch Gesetz Nr. 6217 in Abs. 5 des Art. 26 Grundbuchgesetz eingefügt.

d) Die Rechtsstellung der Vertragsparteien nach
Abschluß des Vorvertrages

Ein unter Beachtung der Formvorschriften geschlossener Grundstückskauf-Vorvertrag gibt jedem Vertragspartner das Recht, anschließend von dem anderen Teil den Abschluß des Kaufvertrages zu verlangen. Ungeachtet dessen, daß bereits der Vorvertrag beurkundungspflichtig ist, müssen darüber hinaus auch bei dem nachfolgenden Abschluß des eigentlichen Grundstückskaufvertrages die für diesen geltenden Formvorschriften gewahrt werden, so daß die Parteien nicht umhin können, den Hauptvertrag von einem Grundbuchbeamten beurkunden zu lassen ³⁾.

Verweigert ein Vertragspartner entgegen der mit dem Vorvertrag übernommenen Verpflichtung seine Mitwirkung, kann der andere vor Gericht auf Erfüllung, d.h. Abschluß des in Aussicht genommenen Kaufvertrages, klagen ⁴⁾. Abwegig erscheint die Ansicht, die dem Kläger in derartigen Fällen nur einen Anspruch auf Schadensersatz zuerkennen will ⁵⁾. Die dahingehende Ansicht hat sich jedoch nicht durchzusetzen vermocht und kann heute als überholt angesehen werden.

Mit dem zusprechenden Urteil kommt der Grundstückskaufvertrag

- 1) Hinsichtlich des Wortlautes eines solchen Eintrages vgl. Velidedeoğlu-Esmer, S. 709
- 2) s. dazu Kocayusufpaşaoğlu, S. 183ff.; Velidedeoğlu-Esmer, S. 452ff.; Saymen-Elbir (Esya Hukuku), S. 309 sowie unten S. 72
- 3) Sungurbey (Kişisel Hakların ...), S. 9
- 4) h.M. s. u.a. Araboğlu, S. 88; Velidedeoğlu-Esmer, S. 453; Saymen-Elbir (Borçlar Hukuku), S. 190 sowie Kocayusufpaşaoğlu, S. 172
- 5) Eingehend setzt sich Kocayusufpaşaoğlu (S. 72) mit dieser Meinung auseinander

-zustande ¹⁾. Der Urteilsspruch ersetzt also nicht nur die für den Vertragsabschluß notwendige Annahmeerklärung des Beklagten, sondern bezieht auch das in der Klageerhebung sich manifestierende Vertragsangebot des Klägers mit ein ²⁾. An die Stelle der an und für sich dem Grundbuchamt obliegenden Vertragsbeurkundung tritt die gerichtliche Urteilsniederschrift, so daß die öffentliche Form für den betreffenden Kaufvertrag gewahrt ist ³⁾.

Da das zusprechende Urteil einen Erwerbsgrund schafft, auf den sich der Kläger stützen kann, muß es als zulässig erachtet werden, mit derselben Klage gleichzeitig den Antrag auf Zusprechung des Eigentums an dem Grundstück zu verbinden ⁴⁾. Der Erwerbsgrund, d.h. der Kaufvertrag, gibt dem Erwerber gemäß Art. 642 Abs. 1 TZGB (= Art. 665 Abs. 1 SZGB) einen Anspruch auf grundbuchliche Eintragung und bei Weigerung des Eigentümers das Recht auf gerichtliche Zusprechung des Eigentums. Es würde dem Grundsatz der Prozeßökonomie widersprechen, wollte man den Kläger darauf verweisen, diesen Anspruch in einem gesonderten Verfahren zu verfolgen ⁵⁾.

Die Zusprechung des Eigentums kann jedoch nur erfolgen, wenn der Beklagte Eigentümer, und zwar Alleineigentümer, des Grundstücks ist ⁶⁾. Dies bedeutet nicht, daß der Beklagte auch im Grundbuch als Eigentümer eingetragen sein muß ⁷⁾. Die in Art. 633 Abs. 2 TZGB getroffene Bestimmung, daß Verfügungen über ein Grundstück erst dann stattfinden können, wenn der verfügende Eigentümer seine Eintragung herbeigeführt hat, stellt nur eine Ordnungsvorschrift dar. Darüber hinaus gilt diese Vorschrift lediglich für Verfügungen, deren Wirksamkeit von der grundbuchlichen Eintra-

-
- 1) Araboğlu, S. 89; Acemoğlu, S. 59; Saymen-Elbir (Borçlar Hukuku), S. 194; Kocayusufpaşaoğlu, S. 170f; Velidedeoğlu-Esmer, S. 453
 - 2) s. auch Kocayusufpaşaoğlu, S. 170f.
 - 3) Acemoğlu, S. 60; Kocayusufpaşaoğlu, S. 170 Anm. 73
 - 4) ebenso Acemoğlu, S. 58,60; Tekinay (MHAD), S. 144
 - 5) s. auch Kocayusufpaşaoğlu, S. 171
 - 6) Araboğlu, S. 37f.; Kocayusufpaşaoğlu, S. 173f.
 - 7) Acemoğlu, S. 59; Kocayusufpaşaoğlu, S. 179f.

gung abhängig ist. Die gerichtliche Zuerkennung des Eigentums führt demgegenüber einen außergrundbuchlichen Eigentumserwerb herbei ¹⁾.

Der Erlaß eines dahingehenden Gestaltungsurteils würde ferner voraussetzen, daß der Kläger zuvor den Kaufpreis entrichtet, ordnungsgemäß hinterlegt oder zumindest die Zahlung dem Beklagten angeboten hat. Andernfalls könnte von dem Beklagten mit Erfolg die *exceptio non adimpleti contractus* geltend gemacht werden, die dem Zuspruch des Eigentums entgegenstehen würde ²⁾. Gemäß Art. 642 Abs. 2 TZGB (= Art. 665 Abs. 2 SZGB) kann derjenige, der das Eigentum an einem Grundstück auf Grund richterlichen Urteils erworben hat, die Eintragung im Grundbuch, die nur deklaratorische Wirkung zeitigt, von sich aus ohne Zutun des bisherigen Eigentümers herbeiführen.

e) Umdeutung eines formnichtigen Kaufvertrages
in einen Vorvertrag

Obwohl für die Beurkundung von Grundstückskaufverträgen nach herrschender Meinung ausschließlich die Grundbuchämter zuständig sind, kommt es in der Praxis immer wieder vor, daß sich auch Notare zur Beurkundung von Kaufverträgen bereit finden. Diese Verträge sind wegen Formmangels nichtig. Es fragt sich jedoch, ob derartige Verträge nicht in Grundstückskauf-Vorverträge umgedeutet werden können, da für letztere die notarielle Beurkundung ausreichend ist.

Die Möglichkeit einer Konversion ist von seiten des türkischen Gesetzgebers nicht ausdrücklich vorgesehen worden. Gegen ihre Zulässigkeit bestehen jedoch, auch wenn es an einer gesetzlichen Regelung fehlt, keinerlei Bedenken. Hinsichtlich der Voraussetzungen, die bei der Umdeutung zu beachten sind, orientiert sich die herrschende Meinung in der Türkei weitgehend an der Vorschrift des § 140 BGB ³⁾.

-
- 1) Art. 633 S. 2 TZGB; vgl. auch Araboğlu, S. 31 Anm. 1, S. 37; Kocayusufpaşaoğlu, S. 179, 182; Sungurbey (Diss.), S. 83 Anm. 335 und S. 85 Anm. 336
 - 2) Araboğlu, S. 89; Kocayusufpaşaoğlu, S. 179f.
 - 3) Saymen-Elbir (Borçlar Hukuku), S. 151 Anm. 191; Schwarz (Borçlar Hukuku), S. 371f.; Tekinay (MHAD), S. 137; Ace-moğlu, S. 54

Insoweit kann zunächst festgestellt werden, daß ein Vorvertrag den Vertragsparteien eine annähernd gleichwertige Rechtsstellung wie der von ihnen abgeschlossene Kaufvertrag verschaffen würde, ohne jedoch andere oder weitgehendere Folgen mit sich zu bringen als sie von den Vertragspartnern mit dem Kaufvertrag angestrebt wurden. Wenn man ferner den hypothetischen Willen der Parteien erforscht, wird sich allgemein auch ergeben, daß diese bei Kenntnis der Nichtigkeit des Kaufvertrages vernünftigerweise den Abschluß eines Grundstückskauf-Vorvertrages vorgenommen haben würden. Schließlich entspricht der formnichtige Kaufvertrag, sofern er notariell beurkundet worden ist, auch allen Erfordernissen, die für einen Grundstückskauf-Vorvertrag gelten. Dies führt zu dem Ergebnis, daß der Konversion eines formnichtigen Kaufvertrages in einem gültigen Grundstückskauf-Vorvertrag nichts im Wege steht ¹⁾.

f) Die besondere Bedeutung der Vorverträge
für den Grundstücksverkehr

Die vorstehenden Ausführungen haben bereits erkennen lassen, daß dem Vorvertrag auf dem Sektor des Grundstücksverkehrs eine keineswegs nur untergeordnete Rolle zufällt. Zudem dürfte in der Praxis relativ häufig der Fall auftreten, daß die Parteien mehr oder weniger unfreiwillig zu dem Abschluß eines Grundstückskauf-Vorvertrages Zuflucht nehmen. Dies ist im Zusammenhang mit der weitverbreiteten Meinung ²⁾, die sich vielfach auch die Grundbuchämter zu eigen gemacht haben, zu sehen, daß sich der Grundbuchbeamte vor der Beurkundung von Grundstückskaufverträgen von der Verfügungsbefugnis des veräußernden Teils zu überzeugen hat. Diese angenommene Verpflichtung soll sich aus Art. 16 TGVO ergeben ³⁾. Da der Grundbuchbeamte seinerseits die Verfügungsbefug-

-
- 1) Araboğlu, S. 88; Kocayusufpaşaoğlu, S. 124f.; Urteil des Vereinigten ZivSen. Nr. 1/148 - 127 v. 24.11.1953 (Son İctihatlar - Neueste Entscheidungen - 1958, S. 2819f.)
 - 2) s. u.a. Postacioğlu (Diss.), S. 93; Kocayusufpaşaoğlu, S. 28
 - 3) Diese Vorschrift wird noch Gegenstand eingehenderer Erörterungen sein, vgl. dazu unten S. 96ff.

nis nur an Hand der bestehenden Grundbucheintragungen prüfen kann ¹⁾, müßte er die Beurkundung eines Kaufvertrages immer dann ablehnen, wenn der Veräußerer noch nicht im Grundbuch figuriert. Letzteres trifft nicht nur auf die Fälle zu, in denen sich ein Nichteigentümer zum Verkauf eines Grundstücks anschickt, sondern auch auf denjenigen Veräußerer, der an dem betreffenden Grundstück das Eigentum außergrundbuchlich erworben hat, wie z.B. der Erbe eines Grundstücks.

Wenn somit die Vertragspartner in derartig gelagerten Fällen eine schuldrechtliche Bindung erreichen wollen, ohne die vorherige und oftmals sehr zeitraubende Eintragung des Veräußerers im Grundbuch abwarten zu müssen, sind sie angesichts der Haltung der Grundbuchämter häufig gezwungen, zunächst mit dem Abschluß eines notariell beurkundeten Grundstückskauf-Vorvertrages vorlieb zu nehmen ²⁾. Dem Abschluß eines solchen Vertrages steht Art. 16 TGVO von vornherein deshalb nicht entgegen, weil sich diese Vorschrift ausschließlich an die Grundbuchbeamten und nicht an die Notare wendet ³⁾.

4. Die Abschlußvollmacht

a) Anforderungen an den Inhalt

Sofern jemand als Vertreter eines anderen in dessen Namen als Veräußerer bei Abschluß eines Grundstücksvertrages auftritt, wird der Vertretene aus dem Vertrag nur verpflichtet, wenn der Vertreter über ausreichende Vertretungsmacht verfügt (Art. 32 ff. TOG = Art. 32 SOR) oder der Vertretene nachträglich den Vertrag genehmigt (Art. 38 TOG = Art. 38 SOR).

Gemäß Art. 388 Abs. 3 TOG (= Art. 396 SOR) bedarf ein Bevollmächtigter zur Veräußerung oder Belastung eines Grundstücks einer besonderen Ermächtigung von Seiten des Vertretenen. Eine allgemein gehaltene Vollmacht erfüllt dieses Erfordernis nicht. Vielmehr muß die Befugnis, Verfügungen über Grundstücke zu treffen, dem Bevollmächtigten ausdrücklich eingeräumt worden sein. Dies

1) Art. 924 Abs. 2 TZGB, Art. 16 Abs. 3 TGVO; vgl. insoweit auch die Ausführungen unten S. 63

2) Die Bedeutung der Vorverträge unter diesem Gesichtspunkt streicht auch Postacıoğlu (Diss.), S. 93, heraus; vgl. auch Kocayusufpaşaoğlu, S. 76

3) Kocayusufpaşaoğlu, S. 76, 80; Postacıoğlu (Diss.), S. 92f.

kann auch im Rahmen einer Generalvollmacht geschehen ¹⁾. Ferner muß die Vollmachtserklärung erkennen lassen, auf welche Grundstücke im einzelnen sich die Vertretungsbefugnis erstreckt ²⁾.

b) Die Form ihrer Erteilung

Sowohl das TZGB wie auch das TOG enthält keine Bestimmung, wonach die Vollmachtserteilung einer bestimmten Form unterliegt. Umstritten ist jedoch, ob der Grundsatz der Formfreiheit auch dann gilt, wenn sich die betreffende Vollmacht auf die Vornahme eines Rechtsgeschäfts bezieht, das seinerseits an bestimmte Formen geknüpft ist.

Der türkische Kassationshof ³⁾ hat sich insoweit auf den Standpunkt gestellt, daß die Erteilung einer Vollmacht zur Veräußerung eines Grundstücks nur in notariell ⁴⁾ beurkundeter Form wirksam ist. Diese Ansicht wird damit begründet, daß die Vollmacht als wesentliches Element des Veräußerungsvertrages zu gelten habe. Da ein solcher Vertrag gemäß Art. 634 TZGB der öffentlichen Form bedürfe, sei auch die Vollmachtserteilung diesem Formzwang zu unterwerfen, zumal nur auf diese Weise eine Umgehung der für Grundstücksübertragungsverträge bestehenden Formvorschriften vermieden werden könne.

Im Gegensatz zu der Haltung des Kassationshofes wird in der Rechtslehre überwiegend die Meinung vertreten, daß Vollmachten auch im Grundstücksverkehr grundsätzlich formfrei sind ⁵⁾. Für

-
- 1) Reisoğlu (Eşya Hukuku), S. 177
 - 2) Cansel, S. 83; Velidedeoğlu-Esmer, S. 41; Reisoğlu, a.a.O., S. 188
 - 3) Urteil des 1. ZivSen. Nr. 1949/5706-341 vom 21.1.1950 (Ad D 1950, S. 113ff.); Urteil des Vereinigten ZivSen. Nr. 99 vom 4.6.1952 (Ömerbaş-Cetintaş, 1953, S. 273ff.)
 - 4) Die Beglaubigung und Beurkundung von Vollmachten zählt zu den den Notaren vorbehaltenen Aufgaben, Art. 34, 35 Notargesetz
 - 5) Saymen-Elbir (Borçlar Hukuku), S. 297; Postacioğlu (Diss.), S. 97ff.; Velidedeoğlu-Esmer, S. 53ff., 57; Esener, S. 35, 38; Kocayusufpaşaoğlu, S. 106, 131; - a.A. teilweise die ältere Literatur wie z.B. Schwarz (Borçlar Hukuku), S. 391; Belge-say, S. 40f.

diese Auffassung spricht, daß gemäß Art. 11 TOG (=Art. 11 SOR) Verträge zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besonderen Form bedürfen, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt. Obwohl diese Vorschrift sich dem Wortlaut nach nur auf Verträge bezieht, kann angenommen werden, daß dieser Grundsatz auch einseitige Rechtsgeschäfte einschließt. Ferner ist zu berücksichtigen, daß der Formvorschrift des Art. 634 TZGB primär ein Schutzgedanke zugrundeliegt. Der Vollmachtsgeber ist auf einen solchen Schutz jedoch nicht angewiesen, und zwar deshalb nicht, weil er die Möglichkeit besitzt, die Vollmacht jederzeit zu widerrufen. Ein vorheriger Verzicht auf das Widerrufsrecht ist gemäß Art. 34 TOG (= Art. 34 SOR) ausgeschlossen.

Der aufgezeigte Meinungsstreit hat für die Praxis jedoch insofern nur geringe Bedeutung als den Grundbuchämtern gegenüber der Vollmachtenachweis in notariell beurkundeter Form zu führen ist. Entsprechende Anweisungen hat die Grundbuch- und Kataster-Generaldirektion den Grundbuchämtern mit Rundschreiben vom 17.11.1932 (Nr. 443), 13.8.1957 (Nr. 1285) und 21.1.1958 (Nr. 1294) erteilt¹⁾. Dementsprechend sind die Grundbuchämter dazu angehalten, schriftliche wie auch beglaubigte Vollmachten zurückzuweisen, wenn sie um die Beurkundung eines Grundstücksveräußerungsvertrages ersucht werden. Da die Grundbuchbeamten ihrerseits wiederum allein für die Beurkundung von Grundstücksverträgen zuständig sind, läßt es sich für den Vollmachtgeber nicht umgehen, die Vollmacht von einem Notar beurkunden zu lassen, ungeachtet der Frage, ob die Vollmacht zu ihrer materiellen Wirksamkeit dieser Form bedarf.

Ein anderes Problem in diesem Zusammenhang wirft die Frage auf, ob der Bevollmächtigte im Namen des Vollmachtgebers mit sich selbst einen Grundstücksvertrag wirksam abschließen kann. Eine dahingehende Möglichkeit wird man im Hinblick auf die in der Regel auftretende Interessenkollision verneinen müssen, wenngleich auch die gesetzlichen Vorschriften ein Verbot des Selbstkontrahierens nicht aussprechen. Jedoch lassen sich gegen ein

1) vgl. Reisoglu (Eşya Hukuku), S. 181ff.; Saymen-Elbir (Eşya Hukuku); S. 181

Selbstkontrahieren unter dem Gesichtspunkt der Interessenkollision dann keine Bedenken erheben, wenn eine solche Befugnis dem Bevollmächtigten von seiten des Vollmachtgebers ausdrücklich eingeräumt worden ist ¹⁾.

5. Die materiell-rechtlichen Voraussetzungen des Eigentumsübergangs

a) Das Eintragungsprinzip

Da der Veräußerungsvertrag - sei er in Form eines Kauf-, Tausch- oder Schenkungsvertrages abgeschlossen worden - nur obligatorische Wirkungen zu erzeugen vermag, fragt es sich, welche zusätzlichen Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit sich der von den Parteien vertraglich vereinbarte Eigentumsübergang vollzieht.

Das geltende türkische Recht macht den Grundstückserwerb grundsätzlich von der Eintragung des Erwerbers im Grundbuch abhängig: "Zum Erwerb des Grundeigentums ist die Eintragung im Grundbuch erforderlich" (Art. 633 Abs. 1 S.1 = 656 Abs. 1 SZGB). Das Gesetz selbst nennt jedoch Erwerbstatbestände, die den Erwerber schon vor Eintragung in die dingliche Rechtsposition einrücken lassen: "Bei Aneignung, Erbanfall, Enteignung, Zwangsvollstreckung oder richterlichem Urteil wird der Erwerber eines Grundstücks (indes) bereits vor Eintragung Eigentümer desselben" (Art. 633 Abs. 1 S.2 = 656 Abs. 2). Auch wenn in diesen Fällen die Eintragung nur deklaratorisch wirkt und lediglich eine nachträgliche Berichtigung des Grundbuches bewirkt, so kommt ihr gleichwohl eine besondere rechtliche Bedeutung zu; denn gemäß Art. 633 Abs. 2 (= 656 Abs. 2 Hs.2) wird der Erwerber erst durch die Eintragung in die Lage versetzt, grundbuchliche Verfügungen über das Grundstück zu treffen (relatives Eintragungsprinzip) ²⁾.

Von diesen Ausnahmen abgesehen, stellt die Eintragung im Grund-

- 1) s. auch Saymen-Elbir (Borçlar Hukuku), S. 307; Velidedeoğlu-Esmer, S. 63f.; Esener, S. 167; Reisoğlu (Eşya Hukuku), S. 182; mit Reisoğlu (a.a.O.) wird man annehmen müssen, daß eine Vollmacht, die das Selbstkontrahieren gestattet, der öffentlichen Form bedarf. Keinerlei Einschränkungen hinsichtlich der Möglichkeit von Insichgeschäften werden demgegenüber von Araboğlu (S. 97) gemacht
- 2) So muß beispielsweise auch der Erbe zunächst erst seine Eintragung im Grundbuch herbeiführen, bevor er über das Grundstück grundbuchlich verfügen kann

buch ein materiell-rechtliches Erfordernis für den Eigentumserwerb an Grundstücken dar. Insbesondere vertragliche Grundstücksveräußerungen fallen somit unter das absolute Eintragungsprinzip. Im Hinblick auf die in Art. 930 Abs. 1 TZGB ¹⁾ enthaltene Bestimmung, daß dingliche Rechte mit ihrer Eintragung entstehen, könnte man versucht sein anzunehmen, daß im Geltungsbereich des absoluten Eintragungsprinzips die Eintragung als solche den Eigentumsübergang bewirkt, also mit formaler Rechtskraftwirkung ausgestattet ist. Es besteht indes Einigkeit, daß die Eintragung des Erwerbers im Grundbuch allein nicht dazu ausreicht, den Eigentumsübergang auf den Erwerber herbeizuführen.

b) Das Kausalitätsprinzip

Die formgerecht vorgenommene Eintragung vermag Eigentum in der Person des Erwerbers nur dann entstehen zu lassen, wenn sie auf einem gültigen Rechtsgrund beruht ²⁾. Diese allgemein anerkannte Rechtsgrundbedürftigkeit einer jeden grundbuchlichen Eintragung ist im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen. Sie läßt sich jedoch indirekt aus einzelnen Vorschriften, insbesondere aus Art. 932 in Verbindung mit Art. 933 herleiten.

Gemäß Art. 932 S.2 (= Art. 974 Abs.2 SZGB) ist eine Eintragung "ungerechtfertigt", wenn sie ohne Rechtsgrund oder auf Grund eines unverbindlichen Rechtsgeschäfts erfolgt ist. Diese Bestimmung läßt ihrerseits zunächst offen, ob die Eintragung in den genannten Fällen dinglich oder nur im Sinne des Bereicherungsrechts ungerechtfertigt ist bzw. ob der Anspruch auf Beseitigung der Eintragung dinglicher oder obligatorischer Natur ist. Die Antwort auf diese Frage gibt Art. 933 S.1 (= 975 Abs. 1): "Derjenige, der durch eine ungerechtfertigte Eintragung in seinen d i n g l i c h e n Rechten beeinträchtigt ist, kann die Löschung oder Abänderung der Eintragung verlangen." Diese Bestimmung läßt nur die Folgerung zu, daß eine ungerechtfertigte Eintragung keine Änderung der dinglichen Rechtslage und somit

1) Art. 930 TZGB entspricht Art. 972 SZGB

2) Allg. Meinung; s. insbesondere Akipek, S. 311; Araboğlu, S. 40ff.; Cansel, S. 11,22ff.; Saymen-Elbir (Egya Hukuku), S. 194; Velidedeoğlu-Esmer, S. 618 sowie den Plenarbeschluß der Vereinigten Senate Nr. 8/18 vom 26.5.1954 (Olgaç-Karahasan - Gayrimenkullerin akid ... -, S. 159f.) und Urteil des 7. ZivSen. Nr. 1781/1548 v. 22.2.1960 (AdD 1960, S. 431)

auch keinen Eigentumsübergang bewirkt ¹⁾.

Eine ungerechtfertigte Eintragung liegt gemäß der bereits zitierten Vorschrift des Art. 932 S. 2 vor:

1. wenn die Eintragung ohne Rechtsgrund erfolgt ist.

Als Rechtsgrund im Sinne dieser Vorschrift ist derjenige Rechtsakt oder diejenige rechtserhebliche Tatsache zu verstehen, die der Eintragung materiell zugrundeliegt. An einem solchen Rechtsgrund für die Eintragung fehlt es immer dann, wenn sich die vollzogene Eintragung weder auf einen zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber bestehenden Veräußerungsvertrag stützen kann noch die Voraussetzungen für einen außergrundbuchlichen Eigentumserwerb auf seiten des Erwerbers gegeben sind ²⁾.

2. wenn die Eintragung auf einem unverbindlichen Rechtsgeschäft beruht.

Die Unverbindlichkeit des der Eintragung zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts kann auf verschiedene Ursachen zurückzuführen sein. Sie kann auf Mängeln beruhen, die das Rechtsgeschäft als absolut nichtig erscheinen lassen und solchen, die nur eine sogenannte relative Nichtigkeit des davon betroffenen Rechtsgeschäfts bewirken.

Gründe für die absolute Nichtigkeit eines Grundstücksveräußerungsvertrages sind unter anderem:

Mangelnde Handlungsfähigkeit (Geschäftsfähigkeit) der am Vertragsschluß beteiligten Parteien;

Nichteinhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen öffentlichen Beurkundung;

Unsittlichkeit, Widerrechtlichkeit oder Unmöglichkeit des rechtsgeschäftlichen Inhalts (Art. 20 TOG (= 20 SOR).

Die absolute Nichtigkeit hat zur Folge, daß der Veräußerungsver-

1) s. auch Akipek, S. 311; Araboğlu, S. 40; Cansel, S. 22ff; im Gegensatz zum deutschen Recht (§ 313 BGB) vermag die Eintragung des Erwerbers im Grundbuch einen formnichtigen Vertrag nicht zu heilen, s. auch Sungurbey (Diss.), S. 90
2) Akipek, S. 311ff.

trag niemandem gegenüber die erstrebte Wirkung zu entfalten vermag. Die Nichtigkeit kann von jedermann geltend gemacht werden und ist gerichtlicherseits von Amts wegen zu beachten.

Als Unterfall der absoluten Nichtigkeit (mutlak butlan) wird die sogenannte relative Nichtigkeit (nisbî butlan) angesehen. Letztere tritt ein, wenn ein rechtserheblicher Irrtum (Art. 23 ff. TOG), Täuschung (Art. 28 TOG) oder Drohung (Art. 29 TOG) für den Abschluß des der Eintragung zugrundeliegenden Veräußerungsvertrages bestimmend gewesen sind. Derartige Willensmängel machen, wie aus Art. 31 Abs. 1 S. 1 TOG ¹⁾ gefolgert wird, den davon betroffenen Vertrag schwebend unwirksam ²⁾. Im Gegensatz zur absoluten Nichtigkeit kann die relative Nichtigkeit nur innerhalb Jahresfrist und nur von demjenigen Vertragspartner geltend gemacht werden, in dessen Person der Willensmangel vorliegt. Der Veräußerungsvertrag wird wirksam, wenn die einjährige Anfechtungsfrist des Art. 31 TOG ungenutzt abläuft oder der Anfechtungsberechtigte den Vertrag zuvor genehmigt (bestätigt). Während des Schwebezustandes kann die Eintragung keine eigentumsbegründende Wirkung entfalten. ³⁾

Fehlt es an einem gültigen Rechtsgrund für eine vorgenommene grundbuchliche Eintragung, so kann dieser durch den nachträglichen Abschluß eines wirksamen Veräußerungsvertrages nachgeholt oder ersetzt werden, ohne daß die Eintragung wiederholt zu werden braucht. ⁴⁾

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß dem schuldrechtlichen

-
- 1) "Wenn der durch Irrtum, Täuschung oder Drohung beeinflusste Teil dem anderen Teil nicht binnen Jahresfrist erklärt, daß er den Vertrag nicht erfülle oder die erbrachte Leistung zurückfordert, gilt der Vertrag als genehmigt", Art. 31 Abs. 1 S. 1 TOG. Die Frist beginnt in den Fällen von Irrtum und Täuschung mit der Entdeckung und in dem Fall der Drohung mit deren Beseitigung (Art. 31 Abs. 1 S. 2 TOG)
 - 2) Aybay, S. 32; Cansel, S. 31; Schwarz (Borçlar Hukuku), S. 212; Sungurbey (Diss.), S. 93;
 - 3) Sungurbey (Diss.), S. 92; Velidedeoğlu-Esmer, S. 33f.
 - 4) Araboğlu, S. 44; Sungurbey, a.a.O., S. 93

Veräußerungsvertrag für den rechtsgeschäftlichen Grundstückserwerb eine doppelte Funktion zukommt. Er begründet nicht nur einen obligatorischen Anspruch auf Verschaffung des Eigentums, sondern ist darüber hinaus auch integrierter Bestandteil des Verfügungsgeschäftes.

c) Die materiell-rechtliche Bedeutung
der Anmeldung zur Eintragung

Da das Grundbuchamt nur in wenigen Ausnahmefällen, die im Gesetz besonders hervorgehoben sind, von Amts wegen tätig wird, muß der grundbuchlichen Eintragung in der Regel ein entsprechender Antrag, die sogenannte "Anmeldung" (talep) vorausgehen (Art. 922, 923 TZGB, Art. 12, 14 TGVO).

Die Anmeldung ist eine an das Grundbuchamt gerichtete schriftliche Erklärung mit dem Ersuchen, eine bestimmte Eintragung im Grundbuch vorzunehmen. Sie ist bedingungsfeindlich (Art. 13 S.1 TGVO) ¹⁾. Die Anmeldung muß, um Beachtung zu finden, von derjenigen Person ausgehen, die durch die Eintragung ihr Recht aufgibt oder belastet ²⁾. Für die Fälle der rechtsgeschäftlichen Grundstücksübertragungen bedeutet dies, daß die Berechtigung zur Vornahme der Anmeldung allein dem Veräußerer als Grundstückseigentümer und nicht dem Erwerber zusteht ³⁾.

Sofern die Anmeldung auf eine konstitutiv wirkende Eintragung gerichtet ist, erschöpft sich die Bedeutung der Anmeldung nach herrschender Meinung nicht in ihrer prozessualen Funktion. Sie enthält neben dem formellen Antrag in diesen Fällen noch ein materielles Element: die dingliche Verfügung über das zur Eintragung gelangen-

-
- 1) s. auch Akipek, S. 320; Araboğlu, S. 59;
Wenn mehrere Eintragungen vorgenommen werden sollen, die miteinander im Zusammenhang stehen, kann gemäß Art. 13 S. 2 TGVO jedoch in der Anmeldung bestimmt werden, daß eine Eintragung nicht ohne die andere erfolgen soll
 - 2) Akipek, S. 321f.; der Erwerber ist nur dann zur Anmeldung legitimiert, wenn ein außergrundbuchlicher Erwerb gegeben ist, Art. 14 Abs. 3 TGVO
 - 3) Araboğlu, S. 55; Cansel, S. 43; Akipek, S. 321; Velidedeoğlu-Esmer, S. 632f.; - es besteht indes die Möglichkeit, daß der Veräußerer den Erwerber zur Vornahme der Anmeldung bevollmächtigt

de materielle Recht. Diese Auffassung wird damit begründet, daß der Veräußerer eines Grundstückes, wenn er das getätigte Rechtsgeschäft zur Eintragung anmeldet, damit nicht nur seinen Willen zur Vollziehung der formellen Eintragungshandlung, sondern gleichzeitig auch seine vorbehaltlose Einwilligung in die damit verbundene dingliche Rechtsänderung erklärt ¹⁾.

Die herrschende Meinung unterscheidet somit, wenn auch nur gedanklich, bei der Anmeldung zwischen dem formellen Antrag und der materiell-rechtlich wirkenden Eintragungsbewilligung (tescil beyani) ²⁾. Rechtsdogmatisch hat letztere als einseitiges Verfügungsgeschäft zu gelten ³⁾; sie ist von dem Erwerber völlig unabhängig und äußert ihre Wirkung sogar gegen den Willen des Erwerbers.

Infolge der ihr zugeschriebenen Doppelfunktion ist die Anmeldung nach herrschender Meinung Wirksamkeitsvoraussetzung für den Eintritt der mit der Eintragung angestrebten Rechtsänderung ⁴⁾.

Im Gegensatz zur herrschenden Meinung wird vereinzelt die Auffassung vertreten, daß der auf die materiell-rechtliche Rechtsänderung gerichtete Verfügungswille des Veräußerers bereits zwangsläufig in dem Kausalgeschäft enthalten sei und es daher keiner weiteren Erklärung des Verfügungsberechtigten bedürfe ⁵⁾. Folgerichtig sieht diese Mindermeinung in der Anmeldung kein materiell-rechtliches Erfordernis, sondern nur einen formellen An-

-
- 1) s. dazu auch Akipek, S. 324; Araboğlu, S. 52; Cansel, S. 42; Sungurbey (Diss.), S. 95
 - 2) Akipek, S. 318f.; Araboğlu, S. 52; Cansel, S. 42ff.; Postacıoğlu (Diss.), S. 197; Velidedeoğlu-Esmer, S. 631f.
 - 3) Araboğlu, S. 53; Cansel, S. 44
 - 4) Cansel, S. 44; Postacıoğlu (Diss.), S. 197; Sungurbey (Diss.), S. 94f.; Velidedeoğlu-Esmer, S. 631ff.
 - 5) Arslanli, S. 75; Kocayusufpasaoğlu, S. 28ff.; von Tuhr (ZSR), S. 63ff.

trag, um die Vornahme der Eintragung als amtliche Verfügung zu erwirken. Sie verkennt indes, daß der in dem Kausalgeschäft zum Ausdruck kommende Verfügungswille des Veräußerers, vornehmlich im Hinblick auf vereinbarte Gegenleistungen, nur in den seltensten Fällen vorbehaltlos und unbedingt ist.

Nach Ansicht von Saymen-Elbir ¹⁾ beinhaltet weder das Kausalgeschäft noch die Anmeldungserklärung die notwendige Verfügung über das dingliche Recht. Es bedürfe daher zusätzlich einer besonderen dinglichen Einigung (takrir verme) der Vertragsparteien. Um diese Voraussetzung zu erfüllen, sei es erforderlich, daß beide Teile dem Grundbuchbeamten gegenüber übereinstimmend ihren Willen bekunden, die für die Rechtsänderung erforderliche Eintragung vorzunehmen.

Die Auffassung von Saymen-Elbir findet jedoch im Gesetz keinerlei Stütze und hat daher zu Recht von dritter Seite keinen Zuspruch erfahren.

d) Der Erwerb vom Nichtberechtigten

Grundsätzlich kann nur der Inhaber eines Rechts über dieses verfügen. Derjenige, der Eigentum an einem Grundstück übertragen will, muß somit Eigentümer des betreffenden Grundstücks sein, wenn alle materiell-rechtlichen Voraussetzungen für den Eigentumsübergang gegeben sein sollen.

Nicht ausreichend aber auch nicht erforderlich ist es, daß der Veräußerer Eigentum an dem Grundstück im Zeitpunkt des Abschlusses des Veräußerungsvertrages besitzt, denn der Veräußerungsvertrag ist auch dann verbindlich, wenn er über ein fremdes Grundstück abgeschlossen wird ²⁾. Maßgebend insoweit ist vielmehr allein der Zeitpunkt, in welchem das Eigentum auf den Erwerber übergehen soll, d.h. der Moment der Eintragung ³⁾.

1) Saymen-Elbir (Eşya Hukuku), S. 175, 188

2) s. u.a. Tekinay (MHAD), S. 134; ebenso Kocayusufoğlu (S. 31, 79 Anm. 137) und von Tuhr (ZSR, S. 61), obwohl nach deren Ansicht das Kausalgeschäft eine Verfügungshandlung beinhaltet

3) Araboğlu, S. 47; von Tuhr (ZSR), S. 62 Anm. 68; demgegenüber stellen auf den Zeitpunkt der Vornahme der Eintragung im Tagebuch ab: Akipek, S. 336; Aybay, S. 34; Kocayusufoğlu, S. 31; Sungurbey (Kişisel Hakları ..), S. 32

Die fehlende Verfügungsbefugnis des Veräußerers kann, wenn der Veräußerer im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, durch den guten Glauben des Erwerbers ersetzt werden: "Wenn jemand, der sich im guten Glauben auf eine Eintragung im Grundbuch stützt, Eigentum oder andere dingliche Rechte erwirbt, ist dieser Erwerb wirksam", Art. 931 TZGB. Da gemäß Art. 3 Abs.2 TZGB gutgläubig nur derjenige ist, der die nach den Umständen erforderliche Aufmerksamkeit nicht außer acht läßt, schließt nicht nur die positive Kenntnis von der Unrichtigkeit einer grundbuchlichen Eintragung, sondern auch die fahrlässige Nichtkenntnis einen gutgläubigen Erwerb nach § 931 TZGB aus ¹⁾.

Der Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs steht es nicht entgegen, wenn die Unrichtigkeit einer grundbuchlichen Eintragung aus den bei dem Grundbuchamt geführten sogenannten Nebenregistern oder dort befindlichen Belegen ²⁾ hervorgeht. Zwar hätte der Erwerber die Möglichkeit, diese ebenso wie das Grundbuch selbst einzusehen. Zugunsten des Erwerbers gilt jedoch die Vermutung, daß die grundbuchliche Eintragung mit den sonstigen bei dem Grundbuchamt existierenden Unterlagen übereinstimmt ³⁾. Es ist allgemein anerkannt, daß sich die Anwendung des Art. 931 TZGB auf die Fälle des rechtsgeschäftlichen Erwerbs beschränkt ⁴⁾. Nicht in seinem guten Glauben geschützt wird daher z.B. der Erbe, dem ein Grundstück im Wege der Erbschaft zugefallen ist.

Der Kassationshof hat ferner entschieden, daß nur private und nicht Grundstücke der öffentlichen Hand Gegenstand eines gutgläubigen Erwerbs sein können. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall war ein Grundstück wirksam enteignet worden. Dabei wurde versäumt, das Grundbuch dieser Veränderung anzupassen ⁵⁾. Der ursprüngliche Eigentümer, der im Grundbuch nach wie vor als solcher ausgewiesen wurde, veräußerte später das Grundstück. Trotz Gutgläubigkeit des Erwerbers hat das Gericht den Eigentumserwerb mit der hier vorausgeschickten Begründung ver-

1) s. auch Cansel, S. 76ff.; Olgaç-Karahasan (Gayrimenkullerin akid ...), S. 67; Reisoğlu (Eşya Hukuku), S. 213

2) s. dazu unten S. 70, 74f.

3) Reisoğlu (Eşya Hukuku), S. 213; s. ferner Olgaç-Karahasan (Gayrimenkullerin akid ...), S. 67 sowie das Urteil des Vereinigten ZivSen. Nr. 1/36-64 v. 13.12.1961 (AnkBD 1962, S. 472)

4) Olgaç-Karahasan (Gayrimenkullerin akid ...), S. 69

5) Die Grundstücke der öffentlichen Hand sind nicht eintragungspflichtig

neint ¹⁾.

Die Rechtsprechung sah sich zwangsläufig auch mit der Frage konfrontiert, ob grundbuchliche Eintragungen, die aus osmanischer Zeit herrühren, im gleichen Maße den Gutgläubensschutz des Art. 931 TZGB genießen. Der Kassationshof hat diese Frage in einer Plenarentscheidung grundsätzlich bejaht ²⁾. Es gebietet sich jedoch, eine Einschränkung hinsichtlich solcher Eintragungen zu machen, die aus den sog. unbestätigten Erhebungen früherer Jahre (tasdiksiz yoklama ³⁾) resultieren ⁴⁾

Ein anderes, viel diskutiertes Problem verbindet sich mit der Frage, ob ein gutgläubiger Erwerb denkbar ist, wenn - als Folge eines Versehens - ein Grundstück mehrfach in den Grundbüchern erscheint und verschiedene Personen gleichzeitig und unabhängig voneinander als Eigentümer dieses Grundstücks ausgewiesen sind. Eine in der Türkei nicht nur vereinzelt auftretende Erscheinung; denn die Entstehung derartiger Doppelbuchungen wird durch das Nebeneinander von alten und neuen Grundbüchern, die nach unterschiedlichen Systemen angeordnet sind, ebenso aber auch durch den Umstand, daß die Katasterarbeiten nicht in allen Regionen abgeschlossen sind, begünstigt.

Von der herrschenden Meinung wird die Möglichkeit eines gutgläubigen Eigentumserwerbs in den angesprochenen Fällen verneint ⁵⁾. Für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht, daß das Grundbuch als eine Einheit angesehen werden muß. Ist ein Grundstück auf zwei oder mehreren Grundbuchblättern gleichzeitig und unter dem Namen nicht identischer Personen eingetragen, so heben sich diese Eintragungen bei der als notwendig erkannten Betrachtungsweise gegenseitig auf; ein Rechtsschein, wie ihn Art. 931 TZGB

-
- 1) Urteil des Vereinigten ZivSen. Nr. 65 v. 3.7.1963 (AdD 1964, S. 398ff.)
 - 2) Plenarbeschuß der Vereinigten Senate Nr. 8 v. 15.3.1944 (Amtliches Journal - Resmî Gazete - v. 28.6.1944 Nr. 5742)
 - 3) s. dazu oben S. 21 Anm. 4
 - 4) vgl. Velidedeoğlu-Esmer, S. 253f.; Urteil des Vereinigten ZivSen. Nr. 6/20-8 v. 8.1.1964 (AdD 1964, S. 626f.)
 - 5) Aybay, S. 39; Reisoğlu (Diss.), S. 34; ders. (Eşya Hukuku), S. 215; Sungurbey (Diss.), S. 100f.; Velidedeoğlu-Esmer, S. 656

voraussetzt, wird nicht erzeugt. Auch läßt sich anführen, daß das Grundbuch gemäß Art. 928 TZGB öffentlich ist und daher eine unwiderlegbare Vermutung dafür besteht, daß jeder Grundstückserwerber Kenntnis von allen grundbuchlichen Eintragungen, somit auch von der etwaigen Existenz einander sich widersprechender Eintragungen hat. In der Literatur wird daher überwiegend angenommen, daß es bei der angenommenen Sachlage stets an dem Kriterium der Gutgläubigkeit als Voraussetzung für den Erwerb vom Nichtberechtigten fehlt ¹⁾.

Während die herrschende Meinung zu dem Ergebnis kommt, daß im Falle der Existenz von Doppelbuchungen dingliche Rechte nur vom wahren Rechtsinhaber erworben werden können, hatte der Kassationshof in dieser Frage zunächst eine abweichende Haltung eingenommen. Zwar konnte sich dieses Gericht den Argumenten, die gegen eine Anwendung des Art. 931 TZGB sprechen, nicht verschließen. Es trat jedoch wiederholt dafür ein, in diesen Fällen den tatsächlichen Besitz anstelle des Grundbuches als Anknüpfungspunkt für den guten Glauben des Erwerbers heranzuziehen. Die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs wurde von dem Kassationshof daher in früheren Jahren grundsätzlich bejaht, sofern die Feststellungen ergaben, daß der Veräußerer im unmittelbaren Besitz des Grundstücks gewesen ist ²⁾. Die grundlegenden Bedenken dagegen, den Besitz über den Bereich des Mobiliarrechts hinaus zur Grundlage des Vertrauensschutzes zu machen, haben den Kassationshof später jedoch veranlaßt, sich der in der Literatur vorherrschenden Meinung anzuschließen ³⁾.

Das gewonnene Ergebnis läßt sich auch unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit rechtfertigen, wenn man berücksichtigt, daß das

-
- 1) s. auch Aybay, S. 39; Reisoğlu (Diss.), S. 34; a.A. Olgaç-Karahasan (Gayrimenkullerin akid ...), S. 69 und Saymen-Elbir (Eşya Hukuku), S. 198ff., welche die zeitliche Reihenfolge der Eintragungen entscheiden lassen und die älteste Eintragung als Grundlage für einen gutgläubigen Erwerb anerkennen
 - 2) So der 3. ZivSen. in einem Urteil v. 10.10.1940 (Temyiz Kararlari 1939-1940, S. 229); weitere Rechtsprechungsnachweise finden sich bei Saymen-Elbir (Eşya Hukuku), S. 200 Anm. 149
 - 3) vgl. die Urteile des Vereinigten ZivSen. v. 1.2.1961 (AdD 1962, S. 368), v. 3.2.1961 (AdD 1962, S. 370) sowie v. 14.11.1962 (AdD 1963, S. 451)

Gesetz den in diesen Fällen ansonsten ungeschützten Erwerber auf Grund der allgemeinen Vorschriften der Art. 917, 933 S.2 TZGB (= 955, 975 II SZGB) einen Schadensersatzanspruch wegen fehlerhafter Grundbuchführung gegen den Staat zuerkennt, so daß auf diese Weise für einen ausreichenden Interessenausgleich Sorge getragen ist.

Soweit Art. 931 TZGB Anwendung findet, gilt dem gutgläubigen Erwerber gegenüber der Inhalt des Grundbuches als richtig und vollständig.¹⁾ Nicht erforderlich ist es, daß die Gutgläubigkeit des Erwerbers noch im Zeitpunkt seiner Eintragung im Grundbuch andauert. Als allein maßgebender Zeitpunkt für dieses Kriterium muß vielmehr der Augenblick angesehen werden, in welchem die Anmeldung des betreffenden Erwerbsgeschäfts zur Eintragung in dem beim Grundbuchamt geführten sogenannten Tagebuch gelangt²⁾.

Es sind vor allem zwei Gründe, die eine solche Schlußfolgerung nahelegen. Einmal treten bis zur Eintragung des Vorgangs häufig Verzögerungen auf, ohne daß der Erwerber darauf Einfluß nehmen könnte. Es erscheint daher unbillig, dem Erwerber durch derartige Verzögerungen Nachteile erwachsen zu lassen. Zum anderen ist in Art. 930 Abs.2 TZGB (Art. 972 Abs. 2 SZGB) bestimmt, daß der Eigentums-erwerb auf den Zeitpunkt der im Tagebuch vorgenommenen Eintragung zurückwirkt³⁾, vorausgesetzt allerdings, daß es zu einer Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch überhaupt kommt.

Zu der Frage, in welcher Person die Voraussetzungen der Gutgläubigkeit vorliegen müssen, wenn der Grundstückserwerber bei Abschluß des Geschäftes von einem Bevollmächtigten vertreten wird, schweigt das Gesetz.

Wenn man berücksichtigt, daß das Erwerbsgeschäft in diesen Fällen auf dem Willen des Vertreters beruht (Art. 32 TOG), wird man

1) Reisoğlu (Eşya Hukuku), S. 214

2) Araboğlu, S. 48; Cansel, S. 84; Olgaç-Karahasan (Gayrimenkullerin akid ...), S. 68; Saymen-Elbir (Eşya Hukuku), S. 181; Reisoğlu (Eşya Hukuku), S. 213; Sungurbey (Diss.), S. 111; Velidedeoğlu-Esmer, S. 652

3) Obwohl der in Art. 930 Abs. 2 TZGB verwendete Begriff "kayıt" (wörtlich: Aufnahme, Eintragung) von dem türkischen Gesetzgeber nicht näher spezifiziert wurde, besteht in der türkischen Rechtswissenschaft Einigkeit, daß entsprechend der Vorschrift des Art. 972 Abs. 2 SZGB damit die Eintragung im Tagebuch gemeint ist, Ataay-Sungurbey, Anm. zu Art. 930; vgl. auch Araboğlu, S. 48

auch das Kriterium der Gutgläubigkeit grundsätzlich aus der Person des Bevollmächtigten zu beurteilen haben. Andererseits darf dem Vollmachtgeber die Gutgläubigkeit des Bevollmächtigten jedoch dann nicht zugute kommen, wenn der Bevollmächtigte das Geschäft auf Grund gezielter Weisungen des Vollmachtgebers getätigt hat und letzterer die maßgeblichen Umstände, die einen gutgläubigen Erwerb ausschließen, kannte oder kennen mußte ¹⁾. Denn derjenige Vollmachtgeber, der mit der Vollmachtserteilung das Ziel verfolgt, sich die Gutgläubigkeit des Bevollmächtigten zunutze zu machen, verdient den Schutz des Art. 931 TZGB nicht.

Zusammenfassend ergeben sich für den rechtsgeschäftlichen Grundstückserwerb folgende materiell-rechtliche Voraussetzungen: Eintragung, Rechtsgrund, Anmeldung und Verfügungsbefugnis. Fehlt es an einer dieser Voraussetzungen, ist ein Eigentumsübergang - vorbehaltlich der in Art. 931 TZGB getroffenen Regelung - nicht möglich.

6. Die formellen Eintragungsvoraussetzungen und ihre Prüfung durch den Grundbuchbeamten

a) Die Anmeldung

Von den materiell-rechtlichen Voraussetzungen des Eigentumserwerbs sind die formellen Voraussetzungen der Eintragung zu unterscheiden.

Die Vornahme einer Eintragung im Grundbuch setzt regelmäßig voraus, daß dem Grundbuchamt eine entsprechende schriftliche Anmeldung vorliegt, Art. 922 TZGB, 12 TGVO ²⁾. Dem Grundbuchbeamten obliegt es zu prüfen, ob der betreffende formelle Antrag das unbedingte Ersuchen um Vornahme einer bestimmten Eintragung beinhaltet.

-
- 1) s. Belgesay, S. 129 (Anm. 118); Cansel, S. 82f.; Sungurbey (Diss.), S. 113; weitergehend Cansel (S. 151), der im Falle der rechtsgeschäftlichen Vertretung stets Gutgläubigkeit des Bevollmächtigten wie auch des Vertretenen verlangt
- 2) Art. 922 TZGB, 12 TGVO entsprechen Art. 963 SZGB, 11 SGVO; nach h.M. kann die Anmeldung von dem Antragsteller bis zur Vornahme der beantragten Eintragung zurückgenommen werden, vgl. Akipek, S. 325 sowie Araboglu, S. 69, mit weiteren Nachweisen

Art. 14 TGVO sieht vor, daß die Anmeldung auf einem besonderen (Anmeldungs-)Formular vorgenommen wird, welches von dem Anmeldenden handschriftlich zu unterzeichnen ist. Derartige Formulare haben bislang jedoch keinen Eingang in die grundbuchliche Praxis gefunden ¹⁾. Nicht zuletzt dieser Umstand bestätigt, daß es sich bei der genannten Bestimmung um eine einfache Ordnungsvorschrift handelt.

Die Erfahrung hat gezeigt, daß die Anmeldungserklärung häufig in die über das Grundgeschäft errichtete öffentliche Urkunde zusätzlich mit aufgenommen wird. Aus diesem Grunde enthalten auch die von den Grundbuchämtern für die Beurkundung von Grundstücksverträgen verwendeten amtlichen Formulare ihrerseits bereits einen entsprechenden vorgedruckten Passus ²⁾. Dessen ungeachtet kann die Anmeldung jedoch auch auf andere Weise wirksam vorgenommen werden, sofern nur die Schriftform gewahrt bleibt.

b) Der Nachweis des Verfügungsrechts

Der Grundbuchbeamte muß verlangen, daß der Antragsteller sein Verfügungsrecht nachweist, Art. 924 Abs.1 TZGB, 16 Abs.2 TGVO (= 965 Abs.1 SZGB, 15 Abs.1 SGVO). Sofern die Anmeldung unmittelbar vom Veräußerer ausgeht, hat dieser gemäß Art. 924 Abs.2 TZGB, Art. 16 Abs.3 TGVO dem Grundbuchamt gegenüber seine Identität mit dem im Grundbuch ausgewiesenen Grundstückseigentümer darzutun. Der Grundbuchbeamte seinerseits ist der Verpflichtung enthoben zu prüfen, ob die bestehende Eintragung seinerzeit zu Recht erfolgt ist oder ob sie noch der materiellen Rechtslage entspricht.

Wird die Anmeldung nicht von dem Veräußerer selbst, sondern von einem Bevollmächtigten vorgenommen, muß der Anmeldung gemäß Art. 924 Abs.2 TZGB (965 Abs.2 SZGB) eine entsprechende Vollmacht des im Grundbuch ausgewiesenen Eigentümers beigelegt werden. Diese Forderung wird von Art. 17 TGVO aufgegriffen und dahingehend ergänzt, daß die Vollmachtsurkunde der Beglaubigung bedarf, um dem Grundbuchamt als ordnungsgemäßer Nachweis dienen zu können. Im

1) Velidedeoğlu-Esmer, S. 633

2) vgl. die Abbildung eines amtlichen Vordrucks bei Reisoğlu (Eşya Hukuku), S. 167

Hinblick auf die bereits an anderer Stelle erwähnten Anweisungen der Generaldirektion für das Grundbuch- und Katasterwesen aus den Jahren 1932 und 1957 ¹⁾ sind die Grundbuchbeamten jedoch gehalten, auf der Vorlage einer notariell beurkundeten Vollmacht zu bestehen, so daß die grundbuchliche Praxis in ihren Anforderungen einen Schritt weiter als der Gesetzgeber geht.

Unterschiedlich wird die Frage beantwortet, ob eine Vollmacht auch dann Grundlage für eine Eintragung bilden kann, wenn in der betreffenden Urkunde nur die Ermächtigung des Bevollmächtigten zum Abschluß eines Veräußerungsvertrages Erwähnung findet und im übrigen offen bleibt, wie es sich mit der Befugnis zur Anmeldung und der damit verbundenen Verfügung über das Grundstück verhält.

Im Ergebnis, wenn auch aus anderen Gründen, wird man der Auffassung von Velidedeoğlu-Esmer zustimmen müssen, daß eine solche Vollmacht unzureichend ist ²⁾. Dabei ist zu bedenken, daß sich

das Grundbuchamt vor diese Auslegungsfrage nur dann stellt, wenn eine notariell beurkundete Vollmacht vorliegt. Handelt es sich also in allen Fällen um Vollmachten, die von einem Rechtskundigen aufgesetzt worden sind, so können weder mangelnde noch unzureichende Erfahrungen in Grundstücksgeschäften der Grund für das Schweigen in diesem nicht unmaßgeblichen Punkte sein.

Auch werden beurkundete Vorgänge in der Regel Anspruch auf Vollständigkeit erheben können, so daß schon besondere Umstände vorliegen müssen, um den zum Abschluß eines Veräußerungsvertrages Bevollmächtigten über den eigentlichen Wortlaut der Vollmacht hinaus auch für die Anmeldung als legitimiert anzusehen.

Für die grundbuchliche Praxis hat wiederum die Generaldirektion für das Grundbuch- und Katasterwesen mit ihrer Anweisung (Nr. 467) vom 9.12.1929 ³⁾ die Weichen, und zwar in eine andere Richtung, gestellt. Diesem Rundschreiben zufolge können sich die Grundbuchbeamten eine notariell beurkundete Vollmacht, die dem Inhalt nach allein zum Grundstücksverkauf berechtigt, als Grundlage für eine

1) s. oben S. 55

2) Velidedeoğlu-Esmer, S. 42f.; vgl. auch Saymen-Elbir (Eşya Hukuku), S. 183, die auf die Notwendigkeit der Auslegung hinweisen

3) Der vollständige Wortlaut dieser Anweisung ist wiedergegeben von Velidedeoğlu-Esmer, S. 42; s. auch Saymen-Elbir (Eşya Hukuku), S. 182

· vom Bevollmächtigten beantragte Eintragung dienen lassen, sofern in der Vollmachtsurkunde nicht ausdrücklich etwas Gegenteiliges bestimmt worden ist ¹⁾.

c) Der Ausweis über den Rechtsgrund

Die Vornahme einer Eintragung erfordert ferner, daß dem Grundbuchamt zuvor ein Rechtsgrund nachgewiesen wird, der die beantragte Eintragung rechtfertigt, Art. 924 Abs. 1 TZGB (= 965 Abs. 1 SZGB). Das Grundbuchamt hat daher, wenn eine rechtsgeschäftliche Grundstücksübertragung in Frage steht, die Vorlage des entsprechenden Veräußerungsvertrages zu verlangen.

Der Grundbuchbeamte prüft, ob der Vertrag der gesetzlich vorgeschriebenen Form entspricht und mit der Anmeldung korrespondiert, also dasselbe Grundstück betrifft, auf welches sich die Anmeldung bezieht. Demgegenüber gehört es nicht zur Aufgabe des Grundbuchbeamten, den Inhalt des Vertrages auf Zweckmäßigkeit oder Billigkeit hin zu überprüfen. Auch auf die materielle Gültigkeit des Rechtsgrundes erstreckt sich die Prüfungspflicht des Grundbuchbeamten grundsätzlich nicht. Dies besagt jedoch nicht, daß er Nichtigkeitsgründe, die offensichtlich sind, übergehen wird und darf ²⁾.

Nicht freigestellt ist der Grundbuchbeamte von der Nachprüfung, ob der Veräußerungsvertrag Bedingungen ³⁾ enthält, die der beantragten Eintragung entgegenstehen. Sofern der Veräußerungsvertrag unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung abgeschlossen worden ist, muß sich der Grundbuchbeamte vom dem Eintritt bzw. Nichteintritt der Bedingung überzeugen. Zu diesem Zweck kann er von dem Antragsteller die erforderlichen Nachweise verlangen. Die entsprechende Prüfungspflicht für den Grundbuchbeamten ergibt sich, soweit ein Kaufvertrag den Rechtsgrund bildet, unmittelbar aus dem Gesetz: " Wenn ein Grundstückskaufvertrag bedingt abgeschlossen worden ist, darf die Eintragung des Verkaufs im Grundbuch nicht erfolgen, wenn die Bedingung nicht erfüllt ist", Art. 214 Abs. 1 TOG (= 217 Abs. 1 SOR).

1) Zustimmend Reisoglu (Esya Hukuku), S. 178

2) Cansel, S. 25; s. auch Akipek, S. 327f.

3) vgl. dazu auch Sungurbey (Kişisel Hakların ...), S. 52f.

Weder zu den materiellen Voraussetzungen des Eigentumserwerbs noch zu den formellen Erfordernissen der Eintragung gehört die Übergabe des Besitzes; sie ist für die Übertragung von Grundeigentum nicht notwendig. Insbesondere fällt ihr keine dingliche Funktion zu wie beim Erwerb von Fahrniseigentum.

7. Das Eintragungsverfahren

Anmeldungen, die dem Grundbuchamt zugehen, werden noch am selben Tage mit genauer Angabe des Datums und der Uhrzeit ihres Eingangs in chronologischer Reihenfolge in das sogenannte Tagebuch (yevmiye defter) ¹⁾ unter Nennung der anmeldenden Person und ihres Begehrens eingeschrieben, Art. 15 TGVO (Art. 14 SGVO).

Bevor der Grundbuchbeamte zur Vornahme der eigentlichen Eintragung im Grundbuch schreitet, hat er sich davon zu überzeugen, daß sämtliche formellen Eintragungsvoraussetzungen erfüllt sind. Sofern die insoweit erforderlichen Ausweise der Anmeldung beigelegt sind, kommt es zur beantragten Eintragung.

Gemäß Art. 27 Abs. 2 TGVO (= Art. 26 Abs. 3 SGVO) sind die Eintragungen von dem Grundbuchbeamten unter Beachtung der Reihenfolge der entsprechenden Einschreibungen im Tagebuch vorzunehmen und mit dem Datum der Tagebucheintragung zu versehen. Die jeweilige Eintragung wirkt auf den Zeitpunkt der im Tagebuch vorgenommenen Einschreibung zurück, Art. 930 Abs. 2 (= Art. 972 Abs. 2), und zwar auch dann, wenn der Grundbuchbeamte bei der Vornahme der Eintragung gegen die in Art. 27 Abs. 2 TGVO getroffenen Anordnungen verstößt ²⁾. Nach erfolgter Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch wird den Beteiligten auf Wunsch ein Auszug von der grundbuchlichen Eintragung (tapu senedi) ausgehändigt.

-
- 1) Soweit die Anmeldung gleichzeitig mit der Beurkundung des Veräußerungsvertrages vorgenommen wird, übernimmt das Urkundenprotokoll in allen Belangen die Funktion des Tagebuches
 - 2) Auch die Rangverhältnisse beurteilen sich nach Ansicht von Reisoğlu (Eşya Hukuku), S. 204, ungeachtet eines solchen Verstoßes ausschließlich nach der Reihenfolge der im Tagebuch vorgenommenen Eintragungen; s. auch Cansel, S. 17

Sofern die Prüfung der Anmeldung durch den Grundbuchbeamten ergibt, daß von dem Antragsteller weder die Existenz eines die grundbuchliche Eintragung rechtfertigenden Rechtsgrundes belegt noch der Nachweis bezüglich seiner Verfügungsbefugnis geführt worden ist, hat der Grundbuchbeamte gemäß Art. 925 S. 1 TZGB (= 966 Abs. 1 SZGB) die Anmeldung zurückzuweisen. Die Zurückweisung wird im Tagebuch unter Angabe der Gründe vermerkt, Art. 25 Abs. 1 TGVO (= Art. 24 Abs. 1 SZGB).

Anders verhält es sich, wenn zwar nicht die Verfügungsbefugnis wohl aber die Existenz eines die grundbuchliche Eintragung rechtfertigenden Rechtsgrundes bei der Anmeldung dargetan ist. In diesem Fall gibt Art. 925 S. 2 TZGB ¹⁾ die Möglichkeit, eine sogenannte vorläufige Eintragung ²⁾ im Grundbuch vorzunehmen und dem Antragsteller eine Frist für die Beibringung der zusätzlich benötigten Unterlagen zu setzen ³⁾.

Im Gegensatz zur vorbehaltlosen Eintragung bringt die vorläufige Eintragung das Recht, welches sie beinhaltet, nicht zur Entstehung. Sofern es zur endgültigen Eintragung kommt, wird der Rechtsübergang rückwirkend vom Zeitpunkt der vorläufigen Eintragung ab wirksam. Dementsprechend erhält die endgültige Eintragung das gleiche Datum wie die vorläufige Eintragung, Art. 83 Abs. 2 TGVO (Art. 76 Abs. 2 SGVO).

Die vorläufige Eintragung hat die Aufgabe, den guten Glauben an das eingetragene Recht zu zerstören. Andererseits kommt dem vorläufig eingetragenen Recht selbst ein öffentlicher Glaube nicht zugute. Auch wird durch die vorläufige Eintragung keine Grundbuchssperre bewirkt. Der eingetragene Eigentümer kann über sein Eigentumsrecht weiterhin frei verfügen. Diese Verfügung wird jedoch rückwirkend unwirksam, wenn sich die vorläufige Eintragung als begründet erweist ⁴⁾.

- 1) Art. 925 S. 2 TZGB entspricht Art. 966 Abs. 2 SZGB; eine vorläufige Eintragung auf Grund dieser Vorschrift kann nur auf Antrag erfolgen, Akipek, S. 329
- 2) Eine vorläufige Eintragung ist nur in den vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen möglich, Art. 921 TZGB (= Art. 961 SZGB)
- 3) Wenn die gesetzte Frist nicht eingehalten wird, hat der Grundbuchbeamte die vorläufige Eintragung von Amts wegen zu löschen, Art. 83 Abs. 1 TGVO (= Art. 76 Abs. 1 SGVO)
- 4) s. Velidedeoğlu-Esmer, S. 477f.; Cansel, S. 39ff.; Akipek, S. 329f.

In den Fällen, wo die Anmeldung zurückgewiesen wird, hat der Grundbuchbeamte dem Antragsteller die Ablehnungsgründe schriftlich mitzuteilen. Dieser kann gegen die Entscheidung innerhalb eines Monats Einspruch bei der Beschwerdestelle einlegen (Art. 25 TGVO). An die Entscheidung der Beschwerdestelle ist der Grundbuchbeamte auf Grund einer internen Anweisung (Nr. 908) der Generaldirektion für das Grundbuch- und Katasterwesen gebunden. Demgegenüber steht dem Antragsteller die Möglichkeit einer weiteren Beschwerde zu, über welche die Generaldirektion für das Grundbuch- und Katasterwesen befindet ¹⁾.

IV. Die Struktur und Führung des Grundbuchs

1. Allgemeine Darstellung

Es gilt der Grundsatz, daß für jede Ortschaft ein eigenes Grundbuch anzulegen ist (Art. 1 TGVO).

Das Grundbuch setzt sich gemäß Art. 2 Abs. 1 TGVO aus dem Hauptbuch (tapu kütük) ²⁾ und dem Tagebuch zusammen. Es wird ergänzt durch die (Vermessungs-)Pläne und Ausweise (evraki müsbite), soweit derartige Unterlagen dem Grundbuchamt im Einzelfall vorliegen. Demgegenüber bilden die sogenannten Nebenregister (ferî siciller), die gemäß Art. 2 Abs. 2 TGVO gleichfalls bei den Grundbuchämtern einzurichten sind, keinen Bestandteil des Grundbuchs.

Sowohl das TZGB wie auch die TGVO gehen davon aus, daß die Hauptbücher auf der Grundlage des Realfoliensystems geführt werden, d.h. jedes Grundstück ein eigenes Grundbuchblatt erhält. Die Grundbuchblätter ihrerseits weisen für jeweils bestimmte Eintragungen besondere Spalten auf. In den sogenannten Hauptspalten (ana kolon) gelangen die a) Eigentumsrechte, b) Dienstbarkeiten und Grundlasten sowie c) Grundpfandrechte gesondert zur Eintragung. Eigentumsrechte werden in die dafür vorgesehene Haupt-

1) Reisoğlu (Eşya Hukuku), S. 200 Anm. 8

2) Das Hauptbuch ist mit dem Grundbuch im engeren Sinne identisch, insbesondere genießen nur die Eintragungen im Hauptbuch öffentlichen Glauben

spalte unter Angabe der Person des Eigentümers, der Erwerbsart (z.B. Kauf, Erbschaft) sowie des genauen Erwerbszeitpunktes vermerkt.

Weitere Rubriken sind der Eintragung von Vormerkungen ¹⁾ und Anmerkungen (z.B. Verzeichnis des Zubehörs) ²⁾ vorbehalten.

Neben dem Hauptbuch und dem an anderer Stelle bereits eingehend behandelten Tagebuch gelten auch die Vermessungspläne, welche die geometrische Lage und Größe des jeweiligen Grundstücks wiedergeben, als Bestandteil des Grundbuchs im weiteren Sinne. Derartige Pläne existieren jedoch nur in den Gebieten, wo die Katasterarbeiten bereits abgeschlossen worden sind. Darüber hinaus wird das Grundbuch durch die dem Grundbuchamt als Eintragsunterlagen eingereichten Ausweise komplementiert, die, nach Grundstücken geordnet und mit der Nummer des korrespondierenden Grundbuchblattes versehen, in besonderen Ordnern verwahrt werden ³⁾.

Als Nebenregister sind von den Grundbuchämtern gemäß Art. 2 Abs. 2 TGVO (Art. 108 SGVO) je ein Eigentümerverzeichnis, Gläubigerregister, Pfändungsregister, Berichtigungsbuch und Korrespondenzregister zu führen.

In dem Eigentümerverzeichnis gelangen die Namen der jeweiligen Eigentümer der in dem Zuständigkeitsbereich des Grundbuchamtes belegenen Grundstücke zur Eintragung, und zwar in alphabetischer Reihenfolge. Neben dem vollständigen Namen des Eigentümers lassen die einzelnen Eintragungen außerdem die Anschrift ⁴⁾ des Eigentümers und die Grundbuchnummern der von ihm besessenen Grundstücke erkennen. Es werden also, sofern jemand Eigentümer mehrerer Grundstücke ist, sämtliche Grundstücke in einer Ein-

-
- 1) Als Vormerkungen insoweit gelten a) die Vormerkung persönlicher Rechte, b) Verfügungsbeschränkungen und c) vorläufige Eintragungen, s. Art. 919 - 921 TZGB, Art. 67 - 84 TGVO
 - 2) vgl. Art. 85 - 90 TGVO (= Art. 78ff. SGVO)
 - 3) Art. 29 TGVO, s. insoweit auch Reisoglu (Eşya Hukuku), S. 138f.
 - 4) Von späteren Wohnsitzveränderungen haben die Grundstückseigentümer dem Grundbuchamt, in dessen Bezirk das betreffende Grundstück belegen ist, gemäß Art. 120 TGVO Mitteilung zu machen

tragung zusammengefaßt. Für den Fall, daß ein bereits im Eigentümerverzeichnis eingetragener Eigentümer später ein in demselben Bezirk belegenes Grundstück hinzuerwirbt, wird die bestehende Eintragung lediglich ergänzt. Auf diese Weise wird vermieden, daß eine Person mehrmals im Eigentümerverzeichnis figuriert.

Von der Funktion her gesehen sollen die Eigentümerverzeichnisse Aufschluß darüber geben, ob eine bestimmte Person im Bezirk eines Grundbuchamtes Grundeigentum besitzt und um welche Grundstücke es sich gegebenenfalls handelt.

Im Hinblick auf das gestellte Thema kann darauf verzichtet werden, auch auf die anderen Nebenregister näher einzugehen.

Obleich nicht gesetzlich gefordert, wird von den Grundbuchämtern in der Regel auch ein sogenanntes Vollmachtswiderruf-Register (vekaletten azil sicil) geführt. Dieses Register soll die Aufgabe erfüllen, dem Mißbrauch von Vollmachten im Grundstücksverkehr soweit wie möglich vorzubeugen. In diesem Register gelangen, wenn dem Grundbuchamt der Widerruf einer Grundstücksvollmacht mitgeteilt wird ¹⁾, die Namen des Vollmachtgebers und des Bevollmächtigten, das Datum der Widerrufserklärung und die genaue Bezeichnung des Grundstückes, auf das sich die widerrufende Vollmacht erstreckt, zur Eintragung. Außerdem wird von dem Grundbuchbeamten auf der Widerrufserklärung das Eingangsdatum vermerkt. Erwähnenswert ist ferner, daß die Eintragungen in diesem Register in alphabetischer Reihenfolge der (den Widerruf aussprechenden) Vollmachtgeber angeordnet sind ²⁾.

2. Die besondere Situation in den Landesteilen, wo die Katasterarbeiten noch nicht abgeschlossen sind

Die Grundbuch- und Registerführung nach den vorstehend aufge-

1) Wie die für dieses Register gewählte Bezeichnung verdeutlicht, finden darin Vollmachtserteilungen keinen Eingang vgl. dazu auch die Ausführungen von Reisoglu, a.a.O., S. 143f.

2)

zeigten Grundsätzen ist in der türkischen Praxis auf die Gebiete beschränkt, wo die Katasterarbeiten bereits abgeschlossen worden sind. Andernorts wird die Funktion des (Haupt-) Grundbuches von den sogenannten Registerbüchern (kayıt defteri) ¹⁾ wahrgenommen.

Die Registerbücher basieren nicht auf dem Realfoliensystem. Die Eintragungen erfolgen vielmehr in chronologischer Reihenfolge, unabhängig davon, welches Grundstück betroffen ²⁾ ist und ungeachtet der Art des einzutragenden Rechts ³⁾ bzw. der zur Eintragung gelangenden Rechtsänderung. Die innerhalb eines Monats vorgenommenen Eintragungen werden unter fortlaufender Nummerierung jeweils zu einem Band zusammengefaßt. Die bei den Registerbüchern zur Anwendung gelangende Buchungsmethode bringt es zwangsläufig mit sich, daß jede Buchung für sich zunächst das von der Eintragung betroffene Grundstück bezeichnen muß. Da die Grenzen der Grundstücke in den in Betracht kommenden Fällen nicht katastermäßig erfaßt sind, muß der Grundbuchbeamte zur Bestimmung der geographischen Lage des betroffenen Grundstücks bei Vornahme der Eintragung Feststellungen zu den angrenzenden Grundstücken und deren Eigentümer treffen.

Sofern die anstehende Buchung eine Eigentumsübertragung zum Gegenstand hat, wird außerdem der Erwerbsgrund und der Name des neuen Eigentümers (Erwerbers) in die dafür vorgesehenen Rubriken eingetragen. Eine weitere Eintragungsspalte ist der Niederschrift und Beurkundung des Veräußerungsvertrages vorbehalten; denn in den Gebieten, wo die Registerbücher die Funktion des Grundbuches ausüben, ist es unüblich, derartige Verträge gesondert zu beurkunden.

Diese Handhabung verlangt danach, den Vertragstext so knapp wie möglich zu halten. Häufig wiederkehrend ist folgender Wortlaut:

-
- 1) Man spricht insoweit auch von "Zabıt defteri" (wörtlich: Protokollbuch)
 - 2) Vorausgesetzt, daß das Grundstück in dem Bezirk belegen ist, auf das sich das betreffende Registerbuch erstreckt
 - 3) Gemäß einer Anweisung der Generaldirektion für das Grundbuch- und Katasterwesen v. 21.1.1954 sollen Hypotheken gesondert in einem Hypotheken-Registerbuch eingetragen werden; s. dazu auch Reisoglu, a.a.O., S. 145 Anm. 5

"Ich habe den Acker für Lira (türkische Währungseinheit) ... an NN verkauft. Den Kaufpreis habe ich in voller Höhe im voraus erhalten. Ich beantrage die Eintragung auf seinen Namen." - Unterschrift des Verkäufers -

"Ich habe mich einverstanden erklärt und beantrage die Eintragung" - Unterschrift des Käufers -

"Der Vertrag wurde in unserer Gegenwart abgeschlossen". - Unterschrift der Zeugen - . Es folgt der mit Siegel und Unterschrift versehene Beurkundungsvermerk des Grundbuchbeamten ¹⁾.

Die Eintragung hat letztlich auch Band und Nummer der zugunsten des Veräußerers lautenden Buchung, die durch die Eigentumsumschreibung ihre Erledigung gefunden hat, anzugeben. Gleichzeitig wird bei der erledigten Buchung ein "Umschreibungsvermerk" angebracht ²⁾.

Neben den Registerbüchern wird von den Grundbuchämtern auch ein Tagebuch geführt. Als Hilfsregister werden demgegenüber jedoch nur ein Eigentümerverzeichnis (unter der Bezeichnung "fihrist defter"), ein Pfändungsregister sowie ein Vollmachtswiderrufverzeichnis unterhalten ³⁾.

-
- 1) vgl. Reisoğlu (Eşya Hukuku), S. 145ff.
2) Reisoğlu, a.a.O., S. 145
3) Reisoğlu, a.a.O., S. 148

4. KAPITEL

DIE ÜBERTRAGUNG DER (NOCH) NICHT IM GRUNDBUCH AUFGENOMMENEN GRUNDSTÜCKE

- I. Die Regelungen, die das Türkische Zivilgesetzbuch hinsichtlich der im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücke enthält
-

Wenn man den Ausführungen bis hierher gefolgt ist, ergibt sich der Anschein, als ob die Rezeption der schweizerischen Zivilgesetze - zumindest auf dem Grundstückssektor - in der Türkei keine rechtlichen Probleme von beunruhigender Tragweite aufgeworfen hat. Indes ist ein bedeutsamer Fragenkomplex, der die türkische Rechtswissenschaft seit Inkrafttreten der rezipierten Gesetze immer wieder beschäftigt hat, bislang ausgeklammert geblieben: die Rechtslage der im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücke.

Im Zeitpunkt der Rezeption war nur ein geringer Teil der Liegenschaften in den bis dato in der Türkei angelegten Grundbüchern verzeichnet. Außerdem stimmten die vorhandenen Eintragungen teilweise bereits in diesem Zeitpunkt mit der wahren Rechtslage nicht mehr überein. Auch bis heute ist es dem türkischen Staat trotz aner kennenswerter Anstrengungen nicht gelungen, alle in privater Hand befindlichen Grundstücke grundbuchlich zu erfassen. Man wird davon ausgehen müssen, daß gegenwärtig noch etwa die Hälfte des privaten Grundbesitzes keine Aufnahme in den Grundbüchern gefunden hat ¹⁾.

Obwohl der türkische Gesetzgeber keine Veranlassung zu der Annah-

1) s. auch Araboğlu, S. 20 Anm. 2; über die Bemühungen, insoweit Abhilfe zu schaffen, vgl. unten S. 135ff.

me hatte, daß in absehbarer Zeit alle Grundstücke grundbuchlich erfaßt werden könnten, wurde dennoch bei der Rezeption der schweizerischen Zivilgesetze auch die Vorschrift des Art. 47 Schlußtitel SZGB übernommen: "Das Sachenrecht dieses Gesetzes tritt im allgemeinen in Kraft, auch ohne daß die Grundbücher angelegt worden sind" (Art. 40 Durchführungsgesetz TZGB). Unbeachtet blieb möglicherweise, daß diese Vorschrift bei der Übernahme aus ihrem Zusammenhang herausgerissen wurde; denn der Schlußtitel des SZGB enthält zusätzliche Übergangsregelungen, wonach bis zur vollständigen Anlegung des (eidgenössischen) einheitlichen Grundbuches die kantonalen Register (Art. 46 Schlußtitel SZGB) und kantonalen Publizitätseinrichtungen (Art. 48 Schlußtitel SZGB) die Funktion des Grundbuches übernehmen können¹⁾. Diese Bestimmungen waren ihrerseits für eine Übernahme durch den türkischen Gesetzgeber nicht geeignet, weil sie einmal auf dem kantonalen Aufbau der Schweiz basieren und zum anderen in der Türkei neben den vorhandenen Grundbüchern keine geeigneten Einrichtungen bestanden, welche die Funktion des Grundbuches Übergangsweise hätten wahrnehmen können.

Das rezipierte SZGB und demzufolge auch das TZGB enthält nur eine einzige Vorschrift, die sich mit im Grundbuch nicht figurierenden Grundstücken befaßt. Die Bestimmung des Art. 639 TZGB (Art. 662 SZGB), welche die Extratabularersatzung regelt, ist jedoch allein nicht geeignet, alle Fragen, die sich im Zusammenhang mit den nicht eingetragenen Grundstücken ergeben, befriedigend zu lösen. Es kann daher nicht verwundern, daß die im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücke Anlaß zu zahlreichen Meinungsverschiedenheiten in Literatur und Rechtsprechung gegeben haben.

II. Bestimmung des Herrschaftsverhältnisses

1. Besitz

Ausgangspunkt der Meinungsstreitigkeiten bildet die Frage, ob an den im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücken ein Eigentums-

1) vgl. auch Araboğlu, S. 121

recht bestehen kann.

Die Frage hat der türkische Kassationsgerichtshof in einem Urteil vom 22.5.1936 verneint und sich ohne nähere Begründung zu der Ansicht bekannt, daß an derartigen Grundstücken nur ein Besitzrecht begründet werden kann ¹⁾. Diese Auffassung liegt auch dem Plenarbeschluß des Vereinigten Senats zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung vom 9.10.1946 ²⁾ zugrunde, der wegen seiner grundlegenden Bedeutung im folgenden noch ausführlich zu behandeln sein wird.

Von der grundsätzlichen Auffassung, daß an im Grundbuch nicht figurierenden Grundstücken kein Eigentumsrecht bestehen kann, hat sich der Kassationsgerichtshof - soweit ersichtlich - auch in späteren Jahren nie losgesagt ³⁾. Gleichwohl lassen manche von diesem Gericht getroffenen Entscheidungen insofern eine Inkonsistenz erkennen, als dem "Besitzer" bisweilen Befugnisse zuerkannt wurden, die das Gesetz allein dem Eigentümer eines Grundstücks zuerkennt, wie z.B. ein Grundbuchberichtigungsanspruch bei späterer Eintragung des Grundstücks auf dem Namen eines Dritten ⁴⁾. Der vom Kassationsgerichtshof vertretene Standpunkt wird vereinzelt von der Doktrin geteilt ⁵⁾. Postacioglu begründet diese Ansicht damit, daß gemäß Art. 633, 930 TZGB (= Art. 657, 972 SZGB) dingliche Rechte an Grundstücken nur durch Eintragung im Grundbuch entstehen können und folglich die Existenz eines Eigentumsrechts an Grundstücken, die noch nicht im Grundbuch eingetragen sind, nicht denkbar sei. Aus Art. 639 TZGB (Art. 662 SZGB) in Verbindung mit Art. 887 TZGB (Art. 919 SZGB) sei zu entnehmen, daß der Besitz die alleinige Grundlage der Zuordnung ist. ⁶⁾

-
- 1) Urteil des 3. ZivSen. Nr. 5691/4624 v. 22.5.1936 (Temyiz Karalari, 1936, S. 206); s. auch Velidedeoğlu (Un aperçu ...), S. 525; Acemoglu, S. 25
 - 2) Abgedruckt bei Olgaç-Karahasan (Gayrimenkullerin akid ...), S. 173 - 180
 - 3) s. auch Acemoglu, S. 25
 - 4) So u.a. der 7. ZivSen. in seinem Urteil Nr. 2073/31 v. 7.1.1954 (TIK 1954, S. 103) und der Vereinigte ZivSen. mit Urteil Nr. 8/17 - 23 v. 24.5.1962 (AdD 1963, S. 145f.)
 - 5) Karayalçin, S. 27; Artus, S. 337ff.; Postacioglu (Diss.), S. 79ff.; ders. (Annales), S. 200
 - 6) Postacioglu (Diss.), S. 80f.

2. Eigentum

a) Fortbestand der vor dem Inkrafttreten des Türkischen Zivilgesetzbuches entstandenen dinglichen Rechte

Die von Postacioglu insoweit vorgebrachten Argumente halten einer Nachprüfung nicht stand. Zunächst trifft es nicht zu, daß der Eigentumserwerb an Grundstücken ausnahmslos an eine grundbuchliche Eintragung geknüpft ist. Zur Widerlegung dieser Ansicht genügt es, auf die in Art. 633 Abs. 2 TZGB (Art. 658 Abs. 2 SZGB) getroffene Bestimmung zu verweisen, daß der Erwerber bei Aneignung, Erbgang, Enteignung, Zwangsvollstreckung und richterlichem Urteil das Eigentum an einem Grundstück bereits vor der Eintragung im Grundbuch erlangt.

Auch die von Postacioglu zur Begründung seiner Ansicht herangezogene Vorschrift des Art. 639 TZGB (Art. 662 SZGB) besagt lediglich, daß der Besitzer eines im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücks dieses nach einem bestimmten Zeitablauf erwerben kann. Zwar geht diese Vorschrift davon aus, daß der Ersitzungsprätendent nur Besitzer, nicht aber Eigentümer des nicht eingetragenen Grundstücks ist. Dies steht jedoch nicht der Annahme entgegen, daß ein Dritter Eigentümer des im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücks ist und für diesen Fall gleichfalls die Möglichkeit der Ersitzung besteht ¹⁾.

Die Auffassung, daß an im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücken kein Eigentumsrecht bestehen kann, erscheint letztlich unhaltbar, wenn man Art. 38 des Durchführungsgesetzes zum TZGB (Art. 44 Schlußtitel SZGB) in die Betrachtung mit einbezieht. Aus dieser Vorschrift ergibt sich, daß die vor dem Inkrafttreten des TZGB ohne grundbuchliche Eintragung erworbenen dinglichen Rechte an Grundstücken auch weiterhin ihre Gültigkeit behalten. Somit bestehen auch die zu osmanischer Zeit ohne grundbuchliche Eintragung entstandenen Eigentumsrechte weiterhin fort, ohne daß die betreffenden Grundstücke im Grundbuch figurieren müßten ²⁾. In diesem Zusammenhang ist die Frage, ob die Eigentumsübertra-

1) Acemoğlu, S. 27f.

2) Reisoğlu (Diss.), S. 98; Tekinay (MHAD), S. 130; ders. (Annales), S. 74; ebenso Sungurbey (Diss.), S. 81 Anm. 328 und Acemoğlu, S. 28, die auf Art. 18 des Durchführungsgesetzes zum TZGB (= Art. 17 Schlußtitel SZGB) verweisen

gung früher bereits von einer Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch abhängig war, ohne Bedeutung. Auch wenn man diese Frage unter dem Eindruck der von dem osmanischen Gesetzgeber in späterer Zeit erlassenen Anordnungen bejahen würde, ließe dies nur die Folgerung zu, daß bei einer außergrundbuchlichen Übertragung eines Grundstücks der Eigentumsübergang verhindert und das Eigentum dem Veräußerer verblieben sein würde, nicht aber, daß das einmal an dem Grundstück zur Entstehung gelangte private Eigentumsrecht erloschen ist.

In Übereinstimmung mit der in der Literatur überwiegend vertretenen Meinung ¹⁾ muß demzufolge davon ausgegangen werden, daß an den nicht im Grundbuch aufgenommenen Grundstücken auch nach dem Inkrafttreten des TZGB ein Eigentumsrecht einer Privatperson bestehen kann, zumal diese Auffassung zu keiner der in diesem Gesetz enthaltenen Vorschriften in Widerspruch steht.

Das gewonnene Ergebnis besagt andererseits noch nicht, daß an allen im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücken, die Gegenstand des privaten Rechtsverkehrs sind, tatsächlich ein Eigentumsrecht besteht. Wenn man jedoch berücksichtigt, daß die Miri-Grundstücke seit dem Inkrafttreten des TZGB den Mülk-Grundstücken rechtlich gleichgestellt sind und das Tasarruf-Recht der Besitzer unabhängig davon, ob das jeweilige Grundstück im Grundbuch Aufnahme gefunden hat oder nicht, zum Eigentumsrecht erstarkt ist, muß der Fall, daß ein Eigentumsrecht nicht besteht, von vornherein als Ausnahme erscheinen.

b) Eigentumserwerb auf Grund Extratabularersitzung

aa) Die Erwerbsvoraussetzungen

Es bleibt zu prüfen, ob sich aus der Vorschrift des Art. 639 TZGB, welche die Ersitzung von nicht eingetragenen Grundstücken regelt, zusätzliche Erkenntnisse gewinnen lassen; - Erkenntnisse, welche die Annahme rechtfertigen würden, daß grundsätzlich

1) Acemoğlu, S. 27ff.; Kocayusufpaşaoğlu, S. 54 Anm. 60; Güral, S. 84; Reisoğlu (Diss.), S. 98; Sungurbey (Diss.), S. 54 Anm. 231 und S. 81 Anm. 328; Tekinay (MHAD), S. 130; ders. (Annales), S. 74; Oğuzman (MHAD), S. 161

an allen im Grundbuch nicht aufgenommenen und in privater Hand befindlichen Grundstücken ein Eigentumsrecht besteht.

Die Vorschrift des Art. 639 TZGB hat folgenden Wortlaut ¹⁾:

"Besitzt jemand ein Grundstück, das nicht im Grundbuch aufgenommen ist, unangefochten und ununterbrochen während 20 Jahren wie ein Eigentümer, kann er verlangen, daß das Grundstück als sein Eigentum eingetragen wird.

Unter den gleichen Voraussetzungen kann der Besitzer die Eintragung des Grundstücks als sein Eigentum verlangen, wenn der Eigentümer aus dem Grundbuch nicht ersichtlich ist ²⁾ oder die Eintragung zugunsten einer Person lautet, die 20 Jahre vorher verstorben oder für verschollen erklärt worden ist.

Die Eintragungsklage ist gegen den Fiskus und gegen die betroffene juristische Person des öffentlichen Rechts zu richten. Die Klage ist von dem Gericht durch die Zeitung und durch andere ortsübliche Publikationsmittel mindestens dreimal bekannt zu machen.

Wenn binnen 3 Monaten nach der letzten Bekanntmachung keine Widerspruchsklage erhoben oder diese abgewiesen und der (Eintragungs-) Anspruch bewiesen worden ist, ergeht der Eintragungsbeschluß. Dem Beschluß ist ein Plan oder eine Abmessungsskizze des Grundstücks beizufügen. Die Vorschriften der Sondergesetze bleiben unberührt."

Die außerordentliche Ersitzung setzt somit gemäß Art. 639 TZGB zunächst einen 20 Jahre andauernden Besitz voraus. Diese Frist wurde bei der Übernahme des SZGB, das in Art. 662 von einer 30-jährigen Ersitzungsdauer ausgeht, herabgesetzt. Für die Ersitzung ist nur der Eigenbesitz tauglich, d.h. der Ersitzungsprätendent muß das Grundstück als ihm gehörend besitzen (Art. 888 S. 2 TZGB = Art. 920 Abs. 2 SZGB). Eigenbesitzer kann gemäß Art. 888 S. 1 TZGB (Art. 920 Abs. 1 SZGB) nicht nur der unmit-

1) In der durch Gesetz Nr. 6333 geänderten Fassung

2) Zu denken ist z.B. an den Fall, daß (wie früher üblich) nur der Vorname des Eigentümers eingetragen wurde und dieser mangels Originalität eine Identifizierung des Bucheigentümers nicht zuläßt; wegen weiterer Fallgestaltungen vgl. Sungurbey (Diss.), S. 16; Reisoglu (Diss.), S. 32; Saymen-Elbir (Eşya Hukuku), S. 323

telbare, sondern auch der mittelbare Besitzer sein.

Die Ersitzungsfrist beginnt in dem Zeitpunkt, in welchem der Ersitzungsprätendent Eigenbesitz an dem Grundstück begründet. Eine bedeutsame Ausnahme von diesem Grundsatz enthält Art. 909 TZGB (Art. 941 SZGB). Nach dieser Vorschrift kann sich der Ersitzungsprätendent den Besitz seines Vorgängers anrechnen, sofern auch dessen Besitz zur Ersitzung tauglich gewesen ist. Nach zutreffender Auffassung ¹⁾ erfolgt die Anrechnung der Besitzdauer des Vorbesitzers unabhängig davon, ob der Ersitzungsprätendent den Besitz von seinem Vorgänger auf Grund eines wirksamen oder unwirksamen Rechtsgeschäfts erlangt hat oder nicht.

Eine Regelung der Frage, ob und inwieweit der vor dem Inkrafttreten des TZGB begründete Besitz auf die Ersitzungszeit anrechenbar ist, findet sich in Art. 20 des Durchführungsgesetzes zum TZGB ²⁾: "Von dem Inkrafttreten an richtet sich die Ersitzung nach dem neuen Gesetz. Wenn unter der Herrschaft des alten Gesetzes eine Ersitzung begonnen hat, die auch nach dem neuen Gesetz gültig ist, wird die bis zum Inkrafttreten des neuen Gesetzes verstrichene Zeit proportional auf die nach dem (neuen) Gesetz geltenden Fristen angerechnet."

Eine Anrechnung der Besitzzeit auf Grund dieser Vorschrift kann nur in Betracht kommen, wenn dem früheren Recht ein Rechtsinstitut bekannt war, welches die wesentlichen Merkmale einer Ersitzung aufweist.

Der Mecelle war ein der Ersitzung vergleichbares Institut fremd ³⁾. Zwar wurde Besitzer eines Mülk-Grundstücks, der den Besitz während einer Dauer von 15 Jahren unangefochten ausgeübt hatte, ein besonderer Schutz insofern zuteil als dem Eigentümer nach Ablauf dieser Frist gemäß Art. 1660 Mecelle die Möglichkeit genommen war, sein Recht gegen den Besitzer im Prozeßwege

-
- 1) Acemoğlu, S. 56; Sungurbey (Diss.), S. 47; Tekinay (MHAD), S. 140
 - 2) Art. 20 Durchführungsgesetz TZGB entspricht Art. 19 Schlußtitel SZGB
 - 3) Art. 1674 Mecelle; vgl. auch Chiha, S. 595; Ömer, S. 13; Onar, S. 123; Güral, S. 65; Olgaç-Karahasan (Zilyedlik), S. 83

geltend zu machen. Mit dieser gesetzlich normierten Ausschußfrist war jedoch ein Eigentumserwerb auf Seiten des Besitzers nicht verbunden ¹⁾. Im Ergebnis ist daher festzustellen, daß bei Milk-Grundstücken dem Ersitzungsprätendenten die vor dem Inkrafttreten des TZGB verstrichene Besitzzeit nicht angerechnet werden kann ²⁾.

Anders verhält es sich hinsichtlich der Miri-Grundstücke. Wie aus Art. 20 und Art. 78 des Bodengesetzes von 1858 hervorgeht, erlangte derjenige, der den Besitz an einem Miri-Grundstück über einen Zeitraum von 10 Jahren ununterbrochen und unangefochten unter gleichzeitiger Nutzung des Grundstücks ausgeübt hatte, das sogenannte hakki karar. Nach h.M. führte dieses hakki karar den Erwerb des Tasarruf-Rechts in der Person des Besitzers herbei ³⁾. Wenn man dieser Auffassung folgt, kann gemäß Art. 20 Durchführungsgesetz bei den Miri-Grundstücken die frühere Besitzzeit dem Ersitzungsprätendenten proportional ⁴⁾ angerechnet werden, sofern die Ersitzung auf Grund der Vorschriften Art. 20, 78 Bodengesetz im Zeitpunkt des Inkrafttretens des TZGB noch nicht abgeschlossen war ⁵⁾.

Im Gegensatz zu der Vorschrift des Art. 638 TZGB (Art. 661 SZGB) ⁶⁾, welche die ordentliche Ersitzung regelt, verlangt Art. 639 TZGB

-
- 1) Chiha, S. 595f.; Güral, S. 65
 - 2) vgl. auch Sungurbey, S. 158f.; Velidedeoğlu-Esmer, S. 263; Olgaç-Karahasan, a.a.O., S. 84 sowie das Urteil des Vereinigten ZivSen. Nr. 1/37 - 81 v. 14.5.1952 (Ömerbaş-Cetintaş, Bd. 2 1955, S. 83f.)
 - 3) Chiha, S. 598; Mardin, S. 80; Reisoğlu (Diss.), S. 56; ders. (Yeni Tapulama Kanunu ...), S. 5; a.A. Sungurbey, S. 163ff.
 - 4) Wenn z.B. der Besitz unter der Herrschaft des alten Rechts 5 Jahre angedauert hat und somit die Hälfte der Ersitzungsfrist im Zeitpunkt des Inkrafttretens des TZGB bereits verstrichen war, verbleibt eine Frist von 10 Jahren bis die in Art. 639 TZGB vorgesehene Ersitzungsdauer von 20 Jahren vollendet ist
 - 5) s. auch das Urteil des 3. ZivSen. Nr. 193 v. 11.1.1945 (Add 1945, S. 77) sowie weitere Rechtsprechungsnachweise bei Velidedeoğlu-Esmer, S. 262f. und Olgaç-Karahasan, a.a.O., S. 84
 - 6) "Wenn jemand ohne rechtmäßigen Grund im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, so kann sein Recht, falls er das Grundstück in gutem Glauben 10 Jahre lang ununterbrochen und unangefochten besessen hat, nicht (mehr) angefochten werden", Art. 638 TZGB

keine Gutbläubigkeit des Besitzers ¹⁾. Daraus folgt, daß die Möglichkeit der außerordentlichen Ersitzung nicht beeinträchtigt ist, wenn der Ersitzungsprätendent davon Kenntnis hat oder erhält, daß er zum Besitz nicht berechtigt ist.

Die außerordentliche Ersitzung setzt ferner voraus, daß der Besitzer während der Dauer von 20 Jahren den Besitz ununterbrochen und unangefochten ausgeübt hat. Wie sich insoweit aus Art. 889 TZGB (Art. 921 SZGB) ergibt, wird durch eine nur vorübergehende Verhinderung oder Unterlassung der Besitzausübung keine Unterbrechung der Ersitzungsfrist ausgelöst. Als angefochten gilt eine Besitzlage nach h.M. nur dann, wenn der Eigentümer ²⁾ seine Rechte gegen den Ersitzungsprätendenten vor Ablauf der Ersitzungszeit gerichtlich geltend gemacht hat ³⁾.

bb) Der Erwerbszeitpunkt

Nachdem die materiellen Voraussetzungen der außerordentlichen Ersitzung erörtert worden sind, stellt sich nunmehr die Frage, in welchem Zeitpunkt sich der Eigentumserwerb zugunsten des Ersitzungsprätendenten vollzieht. Es stehen sich insoweit folgende gegensätzliche Auffassungen gegenüber:

1. Der Eigentumserwerb tritt mit der Eintragung des Besitzers im Grundbuch ein.
2. Der Erwerb vollzieht sich, sobald der Eintragungsbeschluß rechtskräftig wird.
3. Der Erwerb ist mit Ablauf der Widerspruchsfrist vollendet, sofern ein Widerspruch innerhalb der Frist nicht bei Gericht eingeht.
4. Der Eigentumsübergang wird durch die Erhebung der Eintragungsklage bewirkt.

-
- 1) h.M., vgl. u.a. Güral, S. 75; Önder, S. 953; ebenso I. ZivSen. mit Urteil Nr. 3285/2962 v. 21.5.1948 (Olgaç-Karahasan)-Zilyedlik -, S. 129; a.A. M.R. Belgesay (Gayrimenkullerin fevkalade zamanası ile iktisabi hakkında yargıtay kararları analizi) İstHFM 1951, S. 910ff., 917
 - 2) Der rechtmäßige Eigenbesitzer für den Fall, daß an dem Grundstück ein Eigentumsrecht nicht besteht
 - 3) s. auch Reisoğlu (Diss.), S. 70; Sungurbey (Diss.), S. 41, 54f.; Velidedeoğlu-Esmer, S. 263; Güral, S. 76; Önder, S. 951; Olgaç-Karahasan (Zilyedlik), S. 85; a.A. Belgesay, a.a.O., S. 917, der es genügen läßt, wenn der Besitz dem Ersitzungsprätendenten außergerichtlich streitig gemacht wird

5. Der Eigentumserwerb tritt eo ipso in dem Zeitpunkt ein, in dem die materiellen Voraussetzungen der außerordentlichen Ersitzung erfüllt sind ¹⁾.

Eine kontinuierliche Haltung des türkischen Kassationsgerichtshofes zu diesem Problem ist nicht zu verzeichnen. Der Kassationsgerichtshof hat seine Auffassung im Laufe der Zeit wiederholt gewechselt, so daß sich bislang eine gefestigte Rechtsprechung nicht herausbilden konnte ²⁾.

In der Literatur hat sich zwischenzeitlich die erstmals von Sungurbey ³⁾ vertretene Meinung durchgesetzt, daß sich bei der außerordentlichen Ersitzung der Eigentumserwerb nach Ablauf der Ersitzungszeit ipso iure vollzieht. Dementsprechend werden dem gesetzlich normierten Auskündigungs- und Widerspruchsverfahren sowie dem Eintragungsbeschluß nur formelle Bedeutung beigemessen ⁴⁾.

Wie sich aus Art. 639 Abs. 3 TZGB ergibt, ist das Eintragungsverfahren durch eine Klage des Ersitzungsprätendenten einzuleiten. Der Bestimmung, daß die Eintragungsklage gegen den Fiskus und sonstige "betroffene" (ilgili) Behörden zu richten ist, liegt der Gedanke zugrunde, durch die zwingende Einschaltung staatlicher Stellen so weit wie möglich zu verhindern, daß nicht der Ersitzung unterliegende Grundstücke der öffentlichen Hand auf dem Namen des Besitzers zur Eintragung gelangen ⁵⁾.

Das Auskündigungs- und Widerspruchsverfahren zielt demgegenüber darauf ab, dem Gericht die Feststellung zu erleichtern, ob die Voraussetzungen der außerordentlichen Ersitzung im Einzelfall tat-

- 1) Ausführlich wird dieser Meinungsstreit behandelt von Reisoglu (Diss.), S. 76ff.; Sungurbey (Diss.), S. 67ff.; ders. (Annales), S. 279ff.; Araboglu, S. 149ff.; Acemoglu, S. 30ff.
- 2) s. dazu Sungurbey (Diss.), S. 60ff.; Acemoglu, S. 30
- 3) Sungurbey (Diss.), S. 73ff.; ders. (Annales), S. 283ff. vgl. auch Acemoglu, S. 31; Reisoglu (Diss.), S. 78; Gural, S. 41f., 82; Saymen-Elbir (Eşya Hukuku), S. 329; Tekinay (MHAD), S. 129f.; ders. (Annales), S. 74; Üstündağ, S. 4
- 4) vgl. u.a. Reisoglu (Diss.), S. 79; Acemoglu, S. 31f.; Tekinay (MHAD), S. 129f.
- 5) vgl. Reisoglu, a.a.O., S. 73 mit Hinweis auf die amtlichen Motive zum Abänderungsgesetz Nr. 6333

sächlich vorliegen ¹⁾. In der Literatur besteht weitgehende Einigkeit, daß der Rechtsinhaber mit der Widerspruchsklage nur gehört wird, wenn er geltend macht, daß die Voraussetzungen der Ersitzung nicht erfüllt sind. Sungurbey ²⁾ begründet diese Auffassung damit, daß das Gesetz dem Rechtsinhaber lediglich die Möglichkeit einräume, "Widerspruch" (itiraz) zu erheben. Ein solcher Widerspruch könne sich rein begrifflich nur auf die Behauptung stützen, daß die in Abs. 1 und Abs. 2 des Art. 639 TZGB normierten Voraussetzungen nicht vorliegen, weil die Frage, ob an dem Grundstück Eigentum eines Dritten besteht, nicht Gegenstand der Eintragungsklage sei, gegen die sich der Widerspruch richte.

Zu demselben Ergebnis gelangt Reisoglu ³⁾ auf Grund folgender Überlegung: Die Ersitzung sei ein Institut des ordre public. Letzterer verlange, daß der Eigenbesitz, der über eine bestimmte Zeit und unter bestimmten Vorzeichen angedauert hat, eine Anpassung der Rechtslage an die tatsächliche Lage nach sich ziehe. Sofern man zuließe, daß der Rechtsinhaber sein Recht auch noch nach Ablauf der Ersitzungszeit geltend machen kann, würde dies dem Institut der Ersitzung ebenso wie dem ordre public grundlegend widersprechen ^{4) 5)}.

Man könnte meinen, daß eine derartige restriktive Interpretation die Funktion der Widerspruchsklage ad absurdum führe, weil der Ersitzungsprätendent von sich aus ohnehin zu beweisen hat, daß die Voraussetzungen der außerordentlichen Ersitzung von ihm erfüllt sind. Es bleibt jedoch zu berücksichtigen, daß das Gericht insbesondere die Frage, ob der Ersitzungsprätendent das

-
- 1) Velidedeoğlu-Esmer, S. 267, 269; Reisoglu, a.a.O., S. 75, 78f.
 - 2) Acemoglu (Diss.), S. 75; a.A. Olgaç-Karahasan (Zilyedlik), S. 101
 - 3) Reisoglu, a.a.O., S. 75
 - 4) Ähnlich wird von Velidedeoğlu-Esmer (S. 269f.) argumentiert
 - 5) Acemoglu (S. 32) gibt zu bedenken, daß, wenn der Eigentümer bis zum Ablauf der Widerspruchsfrist die Herausgabeklage erheben könnte, dies zur Folge hätte, daß das Rechtsinstitut der außerordentlichen Ersitzung in der Praxis kaum zum Zuge kommen würde, weil die öffentliche Bekanntmachung hinreichende Gewähr dafür sei, daß eine solche Klage erhoben wird

Grundstück tatsächlich als Eigenbesitzer besessen hat, nur schwerlich nachprüfen kann und in der Regel allein auf die Angaben des Besitzers angewiesen sein wird. Insoweit würde die Widerspruchsklage dem Rechtsinhaber beispielsweise die Gelegenheit geben, unter Hinweis auf ein mit dem Ersitzungsprätendenten in früheren Jahren geschlossenes Pachtverhältnis die diesbezüglichen Angaben zu widerlegen oder zu erschüttern. Darüber hinaus wird durch die Widerspruchsklage, sofern sie erfolgreich ist, eine Unterbrechung der Ersitzungszeit bewirkt, so daß dem Widerspruchskläger hinreichend Zeit zur Verfügung steht, seine eigene Eintragung als Eigentümer im Grundbuch herbeizuführen.

Wenn man nun mit der in der Rechtslehre vorherrschenden Meinung weiterhin annimmt, daß der Ersitzungsprätendent das Eigentum an dem Grundstück nach Ablauf der Ersitzungszeit ipso iure erwirbt, kann dadurch, wie Acemoglu ¹⁾ zutreffend darlegt, dem wahren Rechtsinhaber kein Nachteil entstehen. Sofern nämlich die notwendigen Ersitzungsvoraussetzungen nicht erfüllt sind, kann der Eigentümer das Grundstück jederzeit mit der Vindikationsklage herausverlangen. Da das Grundstück noch nicht im Grundbuch eingetragen ist, besteht für den Eigentümer auch keine Gefahr, daß das Grundstück zwischenzeitlich von einem Dritten gutgläubig erworben wird. Falls der Besitzer mit der Behauptung, das Grundstück ersessen zu haben, dieses im Grundbuch auf seinen Namen eintragen lassen will, muß er wiederum zunächst das Auskündigungs- und Widerspruchsverfahren durchstehen.

Ein Gesichtspunkt, der dagegen sprechen könnte, die außerordentliche Ersitzung als eine eintragungsumabhängige Erwerbsart anzusehen, bedarf jedoch noch einer Erörterung. Wie Art. 633 S. 1 TZGB (Art. 656 Abs. 1 SZGB) zu entnehmen ist, hat der Gesetzgeber den Eigentumserwerb an Grundstücken grundsätzlich von einer entsprechenden Eintragung im Grundbuch abhängig gemacht. Ausnahmen von diesem Grundsatz enthält Art. 633 S. 2 TZGB (Art. 656 Abs. 2 SZGB), wonach der Erwerber bei Aneignung, Erbgang, Enteignung, Zwangsvollstreckung oder richterlichem Urteil bereits vor Eintragung Eigentümer des Grundstücks wird. Nicht von dieser

1) Acemoglu, S. 31f.

Kasuistik wird die außerordentliche Ersitzung erfaßt. Daraus kann jedoch nicht zwingend gefolgert werden, daß die außerordentliche Ersitzung nach dem Willen des Gesetzgebers dem absoluten Eintragungsprinzip unterworfen ist.

Die Annahme, daß Art. 633 S. 2 TZGB einen *numerus clausus* aller eintragungsfreien Erwerbsarten beinhaltet, wird bereits dadurch widerlegt, daß z.B. der gemäß Art. 636 TZGB (Art. 659 SZGB) ebenfalls eintragungsunabhängige Erwerb des Staates bei der Bildung neuen Landes keine Erwähnung findet. Auch darf nicht übersehen werden, daß die Ersitzung eine originäre Erwerbsart darstellt und das TZGB alle sonstigen ursprünglichen Erwerbsarten als eintragungsunabhängig behandelt. Es liegt daher nahe, den Geltungsbereich des relativen Eintragungsprinzips trotz des Fehlens einer ausdrücklichen Bestimmung auf die außerordentliche Ersitzung auszuweiten ¹⁾.

Die Besonderheit, daß der Erwerber im Falle der außerordentlichen Ersitzung zunächst noch eines gerichtlichen Eintragungsbeschlusses bedarf, um seine Eintragung im Grundbuch bewirken zu können, erklärt sich daraus, daß der Grundbuchbeamte überfordert sein würde, wenn er die einzelnen materiellen Voraussetzungen der außerordentlichen Ersitzung von sich aus prüfen müßte. Reisoğlu ²⁾ führt insoweit aus: Trotz der unterschiedlichen gesetzlichen Voraussetzungen und Motive sind die Aneignung (Art. 635 TZGB) und die Extratabularersitzung einander ähnliche Rechtsinstitute. Zumindest in dem Sinne, daß für das eine wie das andere sich der Eigentumserwerb von dem Eigenbesitz ableitet. Der Besitzer, der ein eingetragenes aber laut grundbuchlicher Eintragung herrenlos gewordenen Grundstück in Besitz nimmt, erwirbt daran das Eigentum und kann seine Eintragung im Grundbuch verlangen. Der Besitzer, der die Voraussetzungen des Art. 639 TZGB erfüllt hat, kann gleichfalls seine Eintragung verlangen. Im Falle der Aneignung richtet sich das Eintragungsersuchen direkt gegen den Grundbuchbeamten (Art. 642 TZGB), weil sich aus dem Grundbuch eindeutig ergibt, daß das Grundstück her-

1) s. Acemoğlu, S. 31f.

2) Reisoğlu (Diss.), S. 79

renlos geworden ist ¹⁾. Andererseits kann der Grundbuchbeamte nicht ebenso leicht feststellen, ob die Voraussetzungen der außerordentlichen Ersitzung verwirklicht sind. Eine Einschaltung des Richters ist unumgänglich, jedoch nur mit dem Ziel, die Tatsachen zu offenbaren.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß die außerordentliche Ersitzung einen eintragungsunabhängigen Erwerbsmodus verkörpert und daß der Besitzer bei Vorliegen der sachlichen Voraussetzungen das Eigentum an dem Grundstück mit Ablauf der Ersitzungsfrist ipso iure erwirbt. Somit muß auch davon ausgegangen werden, daß grundsätzlich an jedem Grundstück - auch wenn es im Grundbuch nicht figuriert - ein Eigentumsrecht besteht. Dafür sprechen folgende Gründe:

Erstens bestehen die nach altem Recht entstandenen dinglichen Rechte an Grundstücken fort, wobei das an Miri-Grundstücken entstandene Tasarruf-Recht nach heutigem Recht als Eigentumsrecht anzusehen ist. Ferner sind seit dem Inkrafttreten des TZGB weit mehr als 20 Jahre verstrichen, so daß die Grundstücke, an denen zur Zeit der Geltung des alten Rechts noch kein Eigentums- oder Tasarruf-Recht entstanden war, zwischenzeitlich von den Besitzern auf Grund außerordentlicher Ersitzung zu Eigentum erworben sind. Dazu ist es nicht erforderlich, daß während der 20 Jahre immer derselbe Besitzer das Grundstück in Eigenbesitz gehabt hat, denn der spätere Erwerber oder Erbe kann sich die Besitzzeit des Vorgängers anrechnen, und zwar unabhängig davon, ob der Rechtsnachfolge ein gültiges Rechtsgeschäft zugrunde lag oder nicht. Zwar wird die Ersitzungszeit vereinzelt durch Klageerhebung gegen den Besitzer angefochten und unterbrochen sein. Aber in diesen Fällen ist bereits ein Eigentümer vorhanden, weil nur die Klage des Besserberechtigten die Wirkung einer Unterbrechung haben kann ²⁾.

Es wäre verfehlt, aus dem Resumé die Schlußfolgerung zu ziehen, daß jeder Besitzer eines nicht im Grundbuch aufgenommenen Grund-

1) s. Art. 635 Abs. 1 TZGB (= Art. 658 Abs. 1 SZGB)

2) Acemoğlu, S. 32f.

stücks gleichzeitig Eigentümer desselben ist. Auch wenn die Existenz eines Eigentumsrechts grundsätzlich zu bejahen ist, so bleibt es doch eine Frage des Einzelfalls, welcher Person das Eigentumsrecht zusteht.

III. Die Eigentumsübertragung

1. Das Verfügungsgeschäft

- a) Darlegung der Ansicht, die eine analoge Anwendung der Mobiliarrechtsvorschriften für geboten hält

Der Umstand, daß das TZGB mit Ausnahme der Vorschrift des Art. 639 TZGB keine Regelung bezüglich der im Grundbuch aufgenommenen Grundstücke trifft, bewegt Güral ¹⁾ zu der Annahme, daß eine Gesetzeslücke existiert, die gemäß Art. 1 TZGB ²⁾ von der Rechtsprechung zu schließen ist.

In den Vordergrund seiner Überlegungen stellt Güral die Vorschrift des Art. 905 TZGB ³⁾, die eine Vermutung des Rechts zugunsten der jeweils im Grundbuch eingetragenen Person begründet. Da diese Vorschrift auf die im Grundbuch nicht figurierenden Grundstücke unanwendbar ist, ergibt sich nach Meinung von Güral eine Gesetzeslücke, die dazu zwingt, bei diesen Grundstücken den Besitz als Grundlage für die Vermutung des Rechts anzusehen, so daß zugunsten des jeweiligen Besitzers eine Eigentumsvermutung besteht ⁴⁾. Daraus folgert Güral gleichzeitig, daß das Eigentum an den nicht im Grundbuch aufgenommenen Grundstücken durch einfache Besitzübergabe übertragen wird ⁵⁾. Damit bekennt sich Güral im Ergebnis zu einer analogen Anwendung der Mobiliarrechtsvorschriften.

1) Güral, S. 86

2) Art. 1 TZGB entspricht Art. 1 SZGB

3) "Hinsichtlich der in das Grundbuch aufgenommenen Grundstücke besteht eine Vermutung des Rechts und eine Klage aus dem Besitz nur für denjenigen, der eingetragen ist", Art. 905 Abs. 1 TZGB (= Art. 937 Abs. 1 SZGB)

4) Güral, S. 85ff., 94ff.

5) Güral, S. 95; s. auch Araboğlu, S. 128f.

b) Verwerfung dieser Ansicht

Wenn das Gesetz auch keine Regelungen enthält, die den Besonderheiten der im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücke Rechnung tragen, so besagt dies entgegen der Annahme von Güral nicht ohne weiteres, daß eine Gesetzeslücke besteht. Das Schweigen des Gesetzes kann vielmehr ebenso gut darauf zurückzuführen sein, daß es dem Gesetzgeber widerstrebte, für die im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücke besondere Regelungen zu treffen. Dies würde bedeuten, daß grundsätzlich die allgemein geltenden Vorschriften auch auf diese Grundstücke anzuwenden sind ¹⁾.

Nun läßt sich zwar die in Art. 905 TZGB ausgesprochene Rechtsvermutung weder unmittelbar noch analog auf die im Grundbuch nicht eingetragenen Grundstücke anwenden. Insoweit stellt sich aber zunächst die Frage, ob ein dringendes Bedürfnis dafür besteht, nach einer anderen Regelung zu suchen. Gegen die Notwendigkeit spricht, daß der Eigentümer in der Regel die Möglichkeit haben wird, die Eintragung des Grundstücks zu veranlassen, um auf diese Weise eine Rechtsvermutung zu schaffen. Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß auch bei den im Grundbuch eingetragenen Grundstücken der Fall auftreten kann, daß die Rechtsvermutung des Art. 905 TZGB nicht eingreift; dann nämlich, wenn einander widersprechende Doppelbuchungen bestehen ²⁾. Wie dieses Beispiel zeigt, wird es dem Rechtsverkehr durchaus zugemutet, im Einzelfall ohne Rechtsvermutung auszukommen.

Wenn Güral zu dem Ergebnis gelangt, daß bei den im Grundbuch nicht verzeichneten Grundstücken eine Eigentumsvermutung zugunsten des jeweiligen Besitzers besteht, kann ihm auch aus anderen Gründen nicht gefolgt werden.

Die im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücke stehen hinsichtlich ihrer sozialen Bedeutung und ihres wirtschaftlichen Wertes den anderen Grundstücken gleich. Diese Merkmale aber sind es, die den Gesetzgeber dazu veranlaßt haben, an den Rechts-

1) s. Acemoğlu, S. 70

2) vgl. dazu oben S. 64f.

schein größere Anforderungen zu stellen und die Rechtsvermutung bei Grundstücken nicht wie bei den beweglichen Sachen an den Besitz, sondern an die grundbuchlichen Eintragungen zu knüpfen ¹⁾. Die grundbuchlichen Eintragungen, hinter denen die Autorität des Staates steht, bieten auf Grund des einzuhaltenden Verfahrens eine weitgehende Garantie für eine Identität von materieller Rechtslage und äußerem Schein, während der Besitz, der seiner Natur nach leicht veränderlich ist, nur einen weitaus schwächeren Rechtsschein zu erzeugen vermag.

Sofern man sich den Standpunkt von Güral zu eigen machen würde, ließe es sich kaum umgehen, den Besitz gleichzeitig auch als Anknüpfungspunkt für den gutgläubigen Erwerb zu akzeptieren ²⁾. Dadurch würden den Eigentümern der im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücke jedoch Risiken aufgebürdet, die mit den erkennbaren Vorstellungen des Gesetzgebers unvereinbar sind.

Aber selbst wenn man die aufgezeigten Bedenken ³⁾ zurückstellt und davon ausgeht, daß zugunsten des Besitzers eines im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücks eine Eigentumsvermutung spricht, bleibt offen, wie Güral daraus die Folgerung ziehen will, daß sich die Übereignung derartiger Grundstücke auf Grund einfacher Besitzübergabe vollzieht. Möglicherweise hat sich Güral von der irrigen Vorstellung leiten lassen, daß, wenn die Besitzübergabe zugunsten des Erwerbers eine Eigentumsvermutung begründet, es zwangsläufig auch die Besitzübergabe sein muß, welche die Rechtsänderung bewirkt. Die Rechtsvermutung stellt ihrer Funktion nach lediglich eine Beweislastregelung dar und

-
- 1) Hinzukommt, daß die Besitzübergabe bei den beweglichen Sachen Teil des Übereignungstatbestandes bildet, so daß dem Besitz im Mobiliarrecht zwangsläufig ein größeres Gewicht als im Liegenschaftsrecht beizumessen ist
 - 2) So in der Tat der türkische Kassationsgerichtshof in einigen Entscheidungen, vgl. Urteil des 1. ZivSen. Nr. 4702/7079 v. 12.11.1951 (AdD 1953, S. 153) sowie Urteil des 7. ZivSen. Nr. 80/7990 v. 14.10.1954 (TIK 1954 I, S. 221); vgl. aber auch die Kritik von Tekinay (MHAD), S. 145f.
 - 3) s. auch Acemoğlu, S. 67ff.; Sungurbey (Diss.), S. 84f. Anm. 336, 101 Anm. 408

vermag als solche keine Aussage darüber zu treffen, welches im einzelnen die Voraussetzungen des Rechtserwerbes sind.

Gemäß Art. 633 S. 1 TZGB ist für den rechtsgeschäftlichen Erwerb von Grundstücken die Eintragung des Erwerbers im Grundbuch erforderlich. In Übereinstimmung mit der h.M. ist anzunehmen, daß dieses Erfordernis auch für den rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb an den im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücken gilt ¹⁾.

2. Die Formbedürftigkeit des Verpflichtungsgeschäftes

Wie zuvor dargelegt wurde, ist die Annahme berechtigt, daß an den im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücken regelmäßig ein Eigentumsrecht besteht. Folglich muß auch davon ausgegangen werden, daß ein Veräußerungsvertrag, der ein im Grundbuch nicht aufgenommenes Grundstück zum Gegenstand hat, auf die Übertragung des Eigentums und nicht etwa nur auf die Übertragung des Besitzes gerichtet ist.

Kauf-, Tausch- und Schenkungsverträge bedürfen, soweit sie eine Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück begründen, der öffentlichen Beurkundung ²⁾. Von den entsprechenden Formvorschriften, die in Art. 213, 232, 238 Abs. 2 TOG und Art. 634 Abs. 1 TZGB ihren Niederschlag gefunden haben, werden auch die Veräußerungsverträge, die sich auf ein im Grundbuch nicht aufgenommenes Grundstück beziehen, erfaßt. Abgesehen davon, daß die genannten Bestimmungen dem Wortlaut nach keine Unterscheidung zwischen eingetragenen und im Grundbuch nicht figurierenden Grundstücken treffen, kann nicht in Frage gestellt werden, daß der Schutzgedanke, der den Formvorschriften zugrunde liegt, eine unterschiedliche Handhabung verbietet. Die Überlegungen des Gesetzgebers, die zum Erlaß der Formvorschriften führten, schließen zwangsläufig die im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücke ein. Es ist daher festzustellen, daß ein Vertrag,

- 1) Acemoğlu, S. 71f.; Sungurbey (Diss.), S. 81 Anm. 328, S. 84f. Anm. 336; Kocayusufoğlu, S. 82 Anm. 146; a.A. Velidedeoğlu (Un aperçu ...), S. 527, der bei im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücken ein Eigentum sui generis annimmt und für die Übereignung gleichfalls die für Mobilien geltenden Vorschriften Anwendung finden lassen will
- 2) vgl. dazu oben S. 39ff.

der auf die Übertragung des Eigentums an einem im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstück gerichtet ist, nur dann als wirksam erachtet werden kann, wenn er von einem Grundbuchbeamten beurkundet worden ist ¹⁾.

3. Die Gründe, die in der Praxis zur Nichteinhaltung der Formvorschriften führen

Wenn man bedenkt, daß seit dem Inkrafttreten des TZGB und TOG mehr als 40 Jahre vergangen sind und zwischenzeitlich in allen Bezirken des Landes Grundbuchämter errichtet wurden, muß es verwundern, daß formlose Grundstücksveräußerungen in der Türkei nach wie vor eine nahezu alltägliche Erscheinung sind. Insbesondere die ländliche Bevölkerung findet nur selten den Weg zum Grundbuchamt. Statt dessen begnügt man sich, Grundstücksverträge in einer privatschriftlichen Urkunde festzuhalten oder einen Notar hinzuzuziehen. Vielfach wird dieses Verhalten auf Rechtsunkenntnis der Vertragspartner zurückzuführen sein. Nicht weniger häufig setzen sich Vertragsparteien, die sich gegenseitig unbeschränktes Vertrauen entgegenbringen, auch bewußt über die bestehenden gesetzlichen Vorschriften hinweg, ohne indes die Folgen voll zu übersehen. Abgesehen von den Unbequemlichkeiten und Formalitäten, die mit dem Gang zum Grundbuchamt zwangsläufig verbunden sein würden, sind es vor allem die Kosten in Gestalt von Beurkundungsgebühren, Grundbuchgebühren und Bodenverkehrssteuern, die man vermeiden möchte. Hinzu kommt, daß viele Grundstückseigentümer mit der Zahlung der Grundsteuer für Jahre im Rückstand sind und der Veräußerer in diesem Fall zu erwarten hätte, daß das Grundbuchamt diese Steuerschuld offenlegt ²⁾.

Sofern ein im Grundbuch nicht aufgenommenes Grundstück veräußert werden soll, kann es ferner passieren, daß das Grundbuchamt die ihm angetragene Beurkundung des Vertrages ablehnt und die Parteien aus diesem Grunde zu einem formlosen Vertragsabschluß Zuflucht nehmen. Eine solche ablehnende Haltung der Grundbuchämter würde

-
- 1) Acemoglu, S. 40; Kocayusufpaşaoğlu, S. 82 Anm. 146; Sungurbey (Diss.), S. 80ff.; ders. (MHAD), S. 151f.; Tekinay (Annales), S. 74
2) s. auch Araboglu, S. 111; Ulu, S. 747

nach Meinung von Tekinay ¹⁾ im Einklang mit der Vorschrift des Art. 16 Abs. 1 TGVO ²⁾ stehen. Aus dieser Bestimmung soll sich ergeben, daß der Grundbuchbeamte die Beurkundung eines Vertrages nur dann vornehmen darf, wenn er sich zuvor nicht nur von der Handlungsfähigkeit (Geschäftsfähigkeit), sondern auch von der Verfügungsmacht der Vertragsparteien überzeugt hat. Die Prüfung der Verfügungsbefugnis des Veräußerers ist dem Grundbuchbeamten, wie Tekinay insoweit folgerichtig argumentiert, jedoch nicht möglich, weil der Veräußerer im Grundbuch nicht als Eigentümer ausgewiesen ist ³⁾.

Der genaue Wortlaut der Bestimmung des Art. 16 Abs. 1 TGVO ⁴⁾ besagt, daß das Grundbuchamt im Zusammenhang mit der Beurkundung von Verträgen die Handlungsfähigkeit und die "Verfügungsfähigkeit" ⁵⁾ (tasarruf ehliyeti) ⁶⁾ der Parteien zu prüfen hat.

Mehrere Gründe sprechen dagegen, daß der Gesetzgeber mit dem verwendeten Begriff "Verfügungsfähigkeit" dem Grundbuchamt die Prüfung der Verfügungsmacht auferlegt hat. Zunächst ist zu bedenken, daß die Verfügungsbefugnis nach den Grundsätzen des materiellen Rechts erst im Zeitpunkt der Vornahme der Verfügung vorzuliegen braucht und ihr Fehlen die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrages nicht beeinträchtigt. Es ist daher kein Grund erkennbar, warum das Grundbuchamt im Zusammenhang mit der Beurkundung des schuldrechtlichen Vertrages die Verfügungsmacht prüfen sollte. Ferner fällt auf, daß Art. 16 Abs. 1 TGVO von einer Prüfung der Handlungsfähigkeit und Verfügungsfähigkeit "der Par-

-
- 1) Tekinay (MHAD), S. 143; ders. (Annales), S. 76
 - 2) Die Auslegung, die Tekinay dieser Vorschrift gibt, wird geteilt von Acemoğlu, S. 57; Kocayusufpaşaoğlu, S. 28f. und Olgaç-Karahasan (Gayrimenkullerin akid'...), S. 6
 - 3) Der Veräußerer müßte also zunächst die Aufnahme des Grundstücks im Grundbuch und damit verbunden seine eigene Eintragung herbeiführen
 - 4) Eine entsprechende Bestimmung findet sich in der SGVO nicht
 - 5) Der Terminus "tasarruf" ist von dem türkischen Gesetzgeber bei der Abfassung des TZGB für unterschiedliche Begriffe, vornehmlich jedoch in der Bedeutung von "Verfügung", verwendet worden; vgl. dazu Ömer, S. 17 Anm. 1
 - 6) Wörtlich: " (akideynin) ehliyet tasarrufiyelerin"

teilen" spricht. Demzufolge würde, wenn man den Begriff "Verfügungsfähigkeit" in diesem Sinne versteht, auch die Verfügungsmacht des Erwerbers in die Prüfungspflicht des Grundbuchamtes mit einbezogen sein.

Diese vorstehend aufgezeigten Ungereimtheiten sind demgegenüber eliminiert, sobald man den Begriff "Verfügungsfähigkeit" (tasarruf ehliyeti) nicht als Verfügungsmacht ¹⁾, sondern als Fähigkeit, Rechtshandlungen wirksam vornehmen zu können, interpretiert. In dem Sinne von "Rechtshandlung" ist der mehrdeutige Begriff "tasarruf" von dem türkischen Gesetzgeber unter anderem auch in der Vorschrift des Art. 15 Abs. 1 TZGB verwendet worden, die wie folgt lautet: "Die Rechtshandlung einer urteilsunfähigen Person ist unwirksam." Die Richtigkeit dieser Auffassung wird dadurch erhärtet, daß die Grundbuchämter gemäß Abs. 2 und 3 des Art. 16 TGVO ²⁾ ohnehin verpflichtet sind, die Verfügungsbefugnis des Grundstücksveräußerers im Zeitpunkt der Anmeldung der Eintragung zu prüfen.

Es kann daher festgestellt werden, daß das Grundbuchamt bei der Vornahme der Beurkundung eines Grundstücksvertrages nicht die Verfügungsbefugnis, wohl aber die Geschäftsfähigkeit der Vertragsparteien unter allen Aspekten zu prüfen hat ³⁾. Solange sich jedoch eine einhellige Meinung in dieser Frage nicht herausgebildet hat, kann es nicht befremden, wenn sich die Grundbuchämter weigern, bei der Beurkundung von Verträgen mitzuwirken, die im Grundbuch nicht aufgenommene Grundstücke zum Gegenstand haben. Eine solche ablehnende Haltung wäre indes rechtlich nicht fundiert.

IV. Die Rechtswirkungen der formfrei abgeschlossenen Veräußerungsverträge aus der Sicht des türkischen Kassationsgerichtshofes

1. Die ursprüngliche Haltung des türkischen Kassationsgerichtshofes

- 1) Allgemein wird in der türkischen Jurisprudenz für den Begriff "Verfügungsmacht" der Terminus "tasarruf salahiyeti" verwendet
- 2) Art. 16 Abs. 2 und 3 entsprechen Art. 15 Abs. 1 und 2 SGVO
- 3) s. auch Şengürbey (Kışisel Hakların ...), S. 32f.; ders. (MHAD), S. 158; Gürzumar, S. 228

Mit der Frage, ob Veräußerungsverträge auch dann formbedürftig sind, wenn das Vertragsobjekt ein im Grundbuch nicht aufgenommenes Grundstück ist, hatten sich im Jahre 1944 unmittelbar nacheinander zwei Senate des türkischen Kassationsgerichtshofes zu befassen, die in ihren Entscheidungen zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangten ¹⁾. Daraufhin erging am 22.11.1944 ein Plenarbeschluß (Nr. 27/32) der Vereinigten Senate zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung, der derartige Verträge für unwirksam erklärte, wenn sich der Abschluß ohne Einhaltung der Formvorschriften vollzieht ²⁾. Diesem Plenarbeschluß, der eine klare Gedankenführung vermissen läßt, liegen folgende Feststellungen zugrunde:

Eine Besitzübertragung, die nicht die Übertragung des Eigentums einschließt, ist unwirksam. Wenn der Besitzer ³⁾ eines im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücks dieses formlos verkauft, ist ein solcher Kaufvertrag ungültig. Der veräußernde Besitzer kann von dem Erwerber die Herausgabe des Grundstücks verlangen. Bis zur Rückerstattung des von ihm gezahlten Kaufpreises steht dem Erwerber ein Zurückbehaltungsrecht an dem Grundstück zu. Das bei der Übergabe des Grundstücks bezeugte Einverständnis des Veräußerers steht der Herausgabeklage nicht entgegen, denn die auf Grund eines unwirksamen Vertrages erklärte Einwilligung ist unbeachtlich. Solange dem Veräußerer ein Zurückforderungsrecht zusteht, kann auch nicht angenommen werden, daß dieser auf sein Besitzrecht verzichtet oder dieses verloren hätte. Auch vermag der gute Glaube des Erwerbers einen unwirksamen Vertrag nicht zu heilen, so daß es sich erübrigt, im Einzelfall in die Prüfung der Gutgläubigkeit einzutreten.

Aus diesen Überlegungen ergibt sich, wie der Plenarbeschluß zusammenfassend feststellt, daß sowohl der formlose Verkauf eines im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücks durch den Besitzer

- 1) Es handelt sich insoweit um die Urteile des 1. ZivSen. v. 4.2.1944 (Nr. 167/1421) und des 3. ZivSen. v. 14.2.1944 (Nr. 1296/1395)
- 2) AdD 1945 Nr. 4, S. 49ff. (Rechtsprechungsanhang); s. auch die zusammenfassende Wiedergabe der Entscheidungsgründe bei Araboğlu, S. 123f.; Acemoğlu, S. 42; Reisoğlu (Diss.), S. 100; Velidedeoğlu (Un aperçu ...), S. 525
- 3) Auch diesem Plenarbeschluß liegt die Vorstellung zugrunde, daß an im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücken ein Eigentumsrecht nicht besteht

wie auch die sich daran anschließende Übergabe des Besitzes unwirksam sind, so daß dem Veräußerer ein Herausgabeanspruch gegen den Erwerber zusteht.

Dieser Plenarbeschluß des türkischen Kassationsgerichtshofes sah sich von seiten der Doktrin einer massiven Kritik ausgesetzt. Vornehmlich wurde bemängelt, daß die Entscheidung den sozialen Bedürfnissen des Landes und den Grundsätzen der Billigkeit in keiner Weise Rechnung trage. Diese ablehnende Reaktion veranlaßte den Vereinigten Senat wenig später dazu, eine veränderte Haltung einzunehmen ¹⁾.

2. Der Plenarbeschluß des türkischen Kassationsgerichtshofes vom 9.10.1946

Der Plenarbeschluß Nr. 12 vom 9.10.1946 ²⁾, mit dem der Vereinigte Senat des türkischen Kassationsgerichtshofes seine in dem Plenarbeschluß vom 22.11.1944 geäußerte Auffassung revidierte, sollte eine Vereinheitlichung der Rechtsprechung hinsichtlich der Frage herbeiführen, welcher Verjährungsfrist der Herausgabeanspruch des veräußernden Besitzers unterliegt. Diese Gelegenheit nahm der Vereinigte Senat wahr, sich erneut dem Problem zuzuwenden, welche Vorschriften auf die Veräußerung von Grundstücken, die nicht im Grundbuch aufgenommen sind, Anwendung zu finden haben.

Nummehr gelangte der Vereinigte Senat zu der Ansicht, daß das Veräußerungsgeschäft eines im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücks auf die Übertragung des Besitzes gerichtet ist und derartige Veräußerungsverträge keinerlei Formvorschriften unterworfen sind. Die Entscheidungsgründe lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Es kommt vor, daß jemand, der nach den gesetzlichen Vorschriften noch nicht als Eigentümer gilt, ein Grundstück besitzt. In diesen Fällen beurteilt sich die Rechtslage nach den Besitz-

-
- 1) s. insoweit die Kritik von Reisoğlu (Diss.), S. 101; Velidedeoğlu (Un aperçu ...), S. 526; Tekinay (Annales), S. 73f.
2) zitiert bei Olgaç-Karahasan (Gayrimenkullerin akid ...), S. 173ff.

rechtsvorschriften. Als Besitzer gilt gemäß Art. 887 TZGB (= Art. 919 SZGB) derjenige, der die tatsächliche Herrschaft über eine Sache ausübt. Besitzer einer Sache kann sowohl der Eigentümer wie auch eine Person sein, die das Eigentum noch nicht erworben hat. Der Besitz desjenigen, der nicht Eigentümer der Sache ist, kann nach einem bestimmten Zeitablauf den Eigentumserwerb herbeiführen. So kann der Besitzer eines Grundstücks nach 20-jähriger Besitzdauer die Eintragung des Grundstücks auf seinen Namen verlangen, sofern die Voraussetzungen des Art. 639 TZGB vorliegen.

Der Besitz, der sich nicht auf ein Eigentumsrecht gründet, sondern nur den zukünftigen Eigentumserwerb sichert, wird durch das Gesetz wie ein dingliches Recht geschützt. Die Besitzschutzansprüche, die das Gesetz in Art. 894 ff (TZGB) (= Art. 936 ff SZGB) für die Fälle der verbotenen Eigenmacht vorsieht, stehen dem Besitzer eines Grundstücks unabhängig davon zu, ob er Eigentümer desselben ist.

Der Besitz ist ein dingliches Recht. Das Recht des Besitzers, über die Sache tatsächlich oder rechtlich zu verfügen, verdeutlicht dies ebenso wie die dem Besitzer vom Gesetzgeber zuerkannten Besitzschutzansprüche. Auch deutet darauf die Tatsache hin, daß der Besitz zusammen mit den anderen dinglichen Rechten im Sachenrechtsteil des TZGB behandelt wird.

Da der Besitz ein dingliches Recht ist, kann dieser ebenso wie andere dingliche Rechte von dem Besitzer übertragen werden. Das TZGB enthält keine Vorschrift, die einer Besitzübertragung entgegensteht. Im Gegenteil. Die Möglichkeit der Übertragung des Besitzes ergibt sich deutlich aus der Vorschrift des Art. 890 TZGB (= Art. 922 SZGB): "Der Besitz wird übertragen durch die Übergabe der Sache selbst oder der Mittel, die dem Empfänger die Gewalt über die Sache verschaffen. Die Übergabe ist vollzogen, sobald sich der Empfänger mit Willen des bisherigen Besitzers in der Lage befindet, die Gewalt über die Sache auszuüben." Diese Vorschrift bezieht sich nicht nur auf bewegliche Sachen, sondern auch auf Grundstücke.

Die Möglichkeit, den Besitz losgelöst vom Eigentum zu übertra-

gen, wird besonders deutlich, wenn man die Vorschrift des Art. 909 TZGB (= 941 SZGB) in die Betrachtungen mit einbezieht. Nach dieser Vorschrift kann sich der zur Ersitzung berechtigte Besitzer die Besitzdauer seines Vorgängers anrechnen, wenn auch dessen Besitz für eine Ersitzung tauglich gewesen ist. Damit eine solche Anrechnung stattfinden kann, muß zwischen dem Besitzer und seinem Vorgänger eine Rechtsbeziehung bestanden haben. Eine derartige Rechtsbeziehung ist in den gesetzlichen oder vertraglichen Beziehungen zwischen dem Erben und Erblasser, Beschenkten und Schenker oder Käufer und Verkäufer zu sehen. Daraus ergibt sich, daß der Besitz an einem Grundstück, das noch nicht zu Eigentum erworben ist, Gegenstand eines Vertrages bilden und veräußert werden kann.

Gemäß Art. 633 TZGB (= Art. 656 SZGB) kann der Eigentümer eines Grundstücks nur über dieses verfügen, wenn das Grundstück bereits auf seinen Namen im Grundbuch eingetragen ist. Derjenige, den das Gesetz noch nicht als Eigentümer ansieht, kann weder die Eintragung des Grundstücks auf seinen Namen herbeiführen noch das Grundstück übereignen. Die gesetzlichen Formvorschriften gelten jedoch nur für die Übertragung von Grundstücken, an denen ein Eigentumsrecht besteht. Der Verkauf eines Grundstücks, dessen Eigentum noch nicht erworben worden ist, beinhaltet die Übertragung des Besitzrechts, welches den zukünftigen Eigentumserwerb sichert. Die Wirksamkeit eines Vertrages, der auf die Übertragung des Besitzes an einem im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstück gerichtet ist, unterliegt mangels entsprechender gesetzlicher Vorschriften keinerlei Formerfordernissen.

Ein derartiger Vertrag kann infolge Handlungsunfähigkeit einer Partei bei Vertragsabschluß wie auch auf Grund von Mängeln in der Willensübereinstimmung unwirksam sein. Andernfalls ist der Vertrag gültig und die Vertragsparteien können die erbrachten Leistungen nicht zurückverlangen ¹⁾.

1) Hinsichtlich der Entscheidungsgründe vgl. auch die Zusammenfassungen von Arabolğu, S. 124ff.; Reisoglu (Diss.), S. 101; Acemoğlu, S. 42ff.

3. Die gegenwärtige Haltung des türkischen Kassationsgerichtshofes

Der Plenarbeschluß vom 9.10.1946 ist bis heute für die Rechtsprechung des türkischen Kassationsgerichtshofes bestimmend geblieben. Jedoch haben die einzelnen Senate des türkischen Kassationsgerichtshofes in späteren Jahren die Wirksamkeit formloser Veräußerungsverträge, die im Grundbuch nicht aufgenommene Grundstücke zum Gegenstand haben, regelmäßig von der Übergabe des Besitzes abhängig gemacht. Auf Grund eines formlos abgeschlossenen Veräußerungsvertrages kann nach dieser zwischenzeitlich gefestigten Rechtsprechung der Erwerber die Übergabe des Grundstücks nicht verlangen. Andererseits kann der Veräußerer das Grundstück von dem Erwerber nicht zurückverlangen, wenn die Übergabe freiwillig erfolgt ist ¹⁾.

V. Kritische Würdigung der vom türkischen Kassationsgerichtshof aufgestellten Grundsätze

1. Der Standpunkt, daß der Besitz ein dingliches Recht darstellt und wie ein Recht selbständig übertragbar ist
 - a) Verwerfung der Argumente, auf die sich die Rechtsprechung stützt

Wenn man den Plenarbeschluß des türkischen Kassationsgerichtshofs vom 9.10.1946 zugrunde legt, unterliegt die Übertragung der im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücke keinerlei Formvorschriften.

Ausgangspunkt dieser Entscheidung bildet die kategorische Feststellung, daß die Rechtslage nach den Besitzvorschriften zu beurteilen ist. Dieser Standpunkt des Vereinigten Senats findet, wie die Entscheidungsgründe erkennen lassen, seine Grundlage in

1) vgl. dazu die folgenden Urteile des türkischen Kassationsgerichtshofes:

5. ZivSen. Nr. 1709/1308 v. 10.4.1950 (AdD 1950, S. 1404)

3. ZivSen. Nr. 1169/984 v. 31.1.1952 (TIK 1953 II, S. 1443)

3. ZivSen. Nr. 2857/2028 v. 3.3.1952 (TIK 1953 II, S. 1444)

3. ZivSen. Nr. 369/299 v. 4.3.1958 (TIK 1959 I, S. 225)

Weitere Rechtsprechungsnachweise finden sich u.a. bei Araboğlu, S. 126 Anm. 1 und Acemoğlu, S. 62 Anm. 79

der Vorstellung, daß an den im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücken Eigentumsrechte nicht bestehen. Demzufolge geht dieser Beschluß von einer Prämisse aus, die auf derartige Grundstücke regelmäßig nicht zutrifft ¹⁾.

Der Vereinigte Senat ist primär darum bemüht darzulegen, daß der Besitz ein dingliches Recht darstellt und selbstständig übertragbar ist. Die in Art. 894 ff TZGB (= 926 ff SZGB) statuierten Besitzschutzvorschriften, auf die dieser Beschluß nachdrücklich verweist, lassen jedoch nicht die Schlußfolgerung zu, daß der Besitz mit dinglicher Rechtsnatur ausgestattet ist. Zwar wird durch diese Vorschriften auch derjenige Besitzer gegen Beeinträchtigungen des Besitzstandes geschützt, der sich nicht auf ein eigenes oder abgeleitetes Recht zum Besitz berufen kann. Die insoweit von dem Gesetzgeber getroffenen Regelungen, die den Besitz als solchen für schutzwürdig erachten, besagen jedoch nicht, daß dem Besitz die Eigenschaft eines Rechts beizumessen ist. Schutzobjekt dieser Vorschriften ist vielmehr der Besitz als Tatsache, d.h. das als Besitz bezeichnete tatsächliche Herrschaftsverhältnis ²⁾. Noch präziser gesagt: das Recht, für das der Besitz eine Vermutung begründet. Dies wird durch die Vorschrift des Art. 895 S. 2 TZGB (= 927 Abs. 2 SZGB) verdeutlicht, die bestimmt, daß der Beklagte, gegen den sich eine Klage wegen Besitzentziehung richtet, die Rückgabe der dem Besitzer entzogenen Sache verweigern kann, wenn er sofort ein besseres Recht nachweist, auf Grund dessen er die Sache vom Kläger umgehend zurückverlangen könnte ³⁾. Somit profitiert z.B. der unrechtmäßige Besitzer nur mit Einschränkungen von den Besitzschutzvorschriften.

Die Bestimmung des Art. 895 S. 2 TZGB kann andererseits nicht darüber hinwegtäuschen, daß sich die Frage des Rechts zum Besitz bei der Anwendung der Besitzschutzvorschriften generell nicht stellt. Dies erklärt sich daraus, daß es vornehmliches Ziel der getroffenen Regelungen ist, den Rechtsfrieden zu sichern. Der Ge-

1) s. dazu oben S. 81ff.

2) Acemoglu, S. 50f. mit weiteren Literaturhinweisen

3) Reisoğlu (Diss.), S. 104; Acemoglu, S. 51

gesetzgeber will grundsätzlich im Fall von Besitzbeeinträchtigungen zunächst den ursprünglichen Zustand wiederhergestellt wissen, bevor die Frage, welcher Person das bessere Recht zum Besitz zusteht, angeschnitten wird. Ohne einen derartigen Besitzschutz könnte jedermann sein Recht auf den Besitz an einer Sache gegenüber dem unrechtmäßigen Besitzer gewaltsam durchsetzen. Der Ausübung des Faustrechts muß jedoch im öffentlichen Interesse entgegen gewirkt werden. Dies veranlaßte den Gesetzgeber, dem Besitzer ein Recht zur Verteidigung seines Besitzstandes zu geben, selbst wenn dem Angreifer ein Recht auf die Veränderung der Besitzlage zusteht ¹⁾.

Auch der Umstand, daß die Vorschriften über den Besitz im Sachenrechtsteil des TZGB ihre Regelung gefunden haben, bietet kein Argument dafür, daß es sich bei dem Besitz um ein dingliches Recht handelt. Diese Systematik ist vielmehr allein auf die Tatsache zurückzuführen, daß unmittelbare Beziehungen zwischen Besitz und dinglichen Rechten bestehen, insbesondere dergestalt, daß der Besitz eine wichtige Voraussetzung für den Erwerb verschiedener Sachenrechte bildet. Die vom Vereinigten Senat in diesem Beschluß vertretene Ansicht wird daher von der herrschenden Meinung ²⁾, die ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis annimmt, zurecht nicht geteilt.

Der Besitz kann, wie sich unter anderem aus der von dem Vereinigten Senat in dem Plenarbeschluß vom 9.10.1946 angeführten Vorschrift des Art. 890 TZGB (= Art. 922 SZGB) ergibt, übertragen werden.

Die Besitzübertragung kann auf unterschiedliche Art und Weise erfolgen ³⁾. Die Übergabe im Sinne von Art. 890 S. 1 TZGB als Form der Besitzübertragung wird durch ein einverständliches Geben und Nehmen bewirkt. Es handelt sich um einen Realakt. Die für Rechtsgeschäfte geltenden Grundsätze finden keine Anwendung ⁴⁾.

1) Reisoglu (Eşya Hukuku), S. 23f.

2) Acemoğlu, S. 50f.; Reisoglu (Eşya Hukuku), S. 23; Tekinay, (Eşya Hukuku), S. 32f.; Velidedeoğlu (Medenî Hukuku), S. 637

3) Art. 890ff. TZGB (= Art. 922ff. SZGB)

4) Akipek, S. 169; Olgaç-Karahasan (Zilyedlik), S. 22; Reisoglu (Eşya Hukuku), S. 35

Eine andere Form der Besitzübertragung ist in Art. 890 S. 2 TZGB (= Art. 922 Abs. 2 SZGB) geregelt. Dieser Bestimmung zufolge ist die Übertragung des Besitzes vollzogen, sobald sich der Empfänger mit Willen des bisherigen Besitzers in der Lage befindet, die Gewalt über die Sache auszuüben. Obwohl der Wortlaut dieser Bestimmung nur auf den Willen des bisherigen Besitzers abstellt, wird von der herrschenden Meinung gleichzeitig ein entsprechender Wille des "Erwerbers" und somit eine auf die Besitzübertragung gerichtete Einigung der Parteien verlangt ¹⁾. Diese Einigung ist rechtsgeschäftlicher Natur und unterliegt den Regeln über Willenserklärungen ²⁾. Fehlt es an einer wirksamen Einigung, kommt eine Besitzübertragung nach Art. 890 S. 2 TZGB nicht zustande, auch wenn der "Erwerber" die Möglichkeit erlangt hat, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben. Dies schließt nicht aus, daß sich der Besitzerwerb dennoch, und zwar nach Art. 890 S. 1 TZGB vollzieht; dann nämlich, wenn der Erwerber die tatsächliche Herrschaftsgewalt über die Sache auszuüben beginnt ³⁾.

Aus der Vorschrift des Art. 890 TZGB wird von seiten des Vereinigten Senats gefolgert, daß der Besitz "ebenso wie ein Eigentumsrecht oder beschränkt dingliches Recht" übertragbar ist. Nun ist zwar nicht zu verkennen, daß die von dem Gesetzgeber in Art. 890 S. 2 getroffene Regelung die Behandlung des Besitzes weitgehend an die eines Rechts annähert. Gleichwohl kann auch diese Bestimmung nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich bei dem Besitz nicht um ein Recht, sondern um ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis handelt. Denn Besitz entsteht in der Person des Erwerbers nicht etwa, weil ihn ein anderer innehatte und den Willen bekundete, die tatsächliche Gewalt zu übertragen, sondern nur wenn die tatsächlichen Beziehungen zur Sache in der Person des "Erwerbers" entstehen. Die Besitzübertragung führt somit keine Rechtsnachfolge herbei, insbesondere nicht in dem Sinne, wie sie für die Übertragung eines Rechts kennzeichnend ist. ^{3a)} Mit ähnlichen Argumenten tritt auch Reisoglu ⁴⁾ der Auffassung

-
- 1) Acemoğlu, S. 61; Akipek, S. 171f.; Olgac-Karahasan (Zilyedlik), S. 24; Reisoglu (Eşya Hukuku), S. 36
 - 2) Akipek, a.a.O.; Olgac-Karahasan, a.a.O.; Reisoglu, a.a.O.,
 - 3) Akipek, S. 173; Reisoglu, a.a.O.
 - 3a) s. Westermann § 13
 - 4) Reisoglu (Diss.), S. 104

des Vereinigten Senats entgegen. Es sind dies die folgenden:
Der Besitz ist ein tatsächlicher Zustand und kann nicht Gegenstand einer Übertragung im eigentlichen Sinne sein. Der Besitz besteht als Tatsache unabhängig von dem Willen einer anderen Person. Der Besitzer ist nicht Rechtsnachfolger des Vorbesitzers. Soweit das Gesetz von Besitzübertragung spricht, hat es lediglich die tatsächliche Herrschaft an einer Sache mit Zustimmung des Vorbesitzers im Auge. Die Bedeutung der Zustimmung liegt darin, daß das Gesetz mit der Besitzbegründung unterschiedliche Rechtsfolgen verbindet, je nachdem ob der Besitzer die tatsächliche Herrschaftsgewalt mit oder ohne Zustimmung des Vorbesitzers innehat. Man gibt seine Zustimmung für die Herrschaftsgewalt eines anderen, sei es, um diesen ein dingliches Recht erwerben zu lassen, sei es, um ihm die Ausübung eines persönlichen Rechts (z.B. Miete) zu ermöglichen. Der Besitz als solcher kann jedoch nicht losgelöst Gegenstand eines Vertrages sein ¹⁾.

Der Vereinigte Senat legt indes besonderen Wert auf die Feststellung, daß der Besitz selbstständig und losgelöst vom Eigentum übertragen werden kann und führt zum Beweis die Vorschrift des Art. 909 TZGB (= Art. 941 SZGB) ins Feld. Diese Vorschrift besagt, daß der zur Ersitzung berechtigte Besitzer sich den Besitz des Vorbesitzers anrechnen darf, sofern auch dessen Besitz zur Ersitzung tauglich gewesen ist. Aus dieser Vorschrift ist nach Ansicht des Vereinigten Senats zu entnehmen, daß "der Besitz an einem eigentumslosen Grundstück Gegenstand eines Vertrages sein kann und der Besitz als solcher übertragbar ist". Denn die Möglichkeit der Anrechnung der Besitzzeit setzt, wie der Beschluß zur Begründung ausführt, voraus, daß zwischen dem bisherigen und dem neuen Besitzer eine Rechtsbeziehung besteht, die der Natur nach der gesetzlichen und vertraglichen Beziehung zwischen Erblasser und Erben, Schenker und Beschenkten sowie Verkäufer und Käufer entspricht.

Diese Interpretation, die der Vereinigte Senat der Vorschrift des Art. 909 TZGB verleiht, geht an dem Wortlaut der Bestimmung vorbei und übersteigt deren Aussagekraft.

1) Reisoglu, a.a.O.; a.A. Güral, S. 89

Soweit von dem türkischen Gesetzgeber bei der Formulierung dieser Vorschrift der Begriff "Vorbesitzer" (evvelki zilyet) verwendet wurde, muß dieser entsprechend der Fassung des Art. 941 34GB im Sinne von "Vorgänger" verstanden werden. Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß der Ersitzungsprätendent sich nicht ausnahmslos die Besitzzeit des vorherigen Besitzers anrechnen kann. Denn von einem "Vorgänger" kann nach der allgemeinen Bedeutung dieses Wortes nicht gesprochen werden, wenn der Besitz durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt ohne Zustimmung des Vorbesitzers begründet wurde. Die Anrechnungsmöglichkeit ist somit auf die Fälle beschränkt, in denen der Ersitzungsprätendent den Besitz an der Sache mit Zustimmung des Vorbesitzers, also derivativ erworben hat.

Andererseits setzt die Anrechnungsmöglichkeit nicht voraus, daß das der Besitzübertragung zugrunde liegende Rechtsgeschäft gültig gewesen ist ¹⁾. Daraus folgt, daß sowohl der Art wie auch dem Gegenstand des Rechtsgeschäfts, welches der Besitzübertragung zugrunde liegt, im Rahmen dieser Vorschrift keinerlei Bedeutung zufällt. Die Anrechnungsmöglichkeit müßte vielmehr sogar bejaht werden, wenn keinerlei Rechtsbeziehungen - seien sie wirksam oder unwirksam - zwischen dem Vorbesitzer und dem Ersitzungsprätendenten bestehen, sofern nur der Vorbesitzer seine Zustimmung zur Inbesitznahme gegeben hat ²⁾.

Ebensowenig wie die Ansicht, daß der Besitz seiner Natur nach ein dingliches Recht darstellt, findet somit auch die Auffassung des Vereinigten Senats, daß der Besitz gleich einem Recht selbständig übertragbar ist, in den gesetzlichen Vorschriften keine Bestätigung.

- b) Untersuchung der Frage, ob der Besitz an einem eigentumslosen Grundstück eine besondere Beurteilung verdient

Die insoweit als unzutreffend erkannten rechtlichen Ausführungen des Vereinigten Senats dürfen jedoch nicht isoliert betrachtet werden. Diese befassen sich mit dem Besitz im allgemeinen, so daß

-
- 1) Acemoğlu, S. 56; Sungurbey (Diss.), S. 47; Tekinay (MHAD), S. 140
2) Sungurbey, a.a.O.; Tekinay, a.a.O.

die möglichen Besonderheiten, die sich für den Besitz an den nicht im Grundbuch aufgenommenen Grundstücken ergeben könnten, unberücksichtigt bleiben.

Wenn man sich die diesem Beschluß zugrunde liegende Vorstellung zu eigen macht, daß an den im Grundbuch nicht figurierenden Grundstücken Eigentumsrechte nicht existieren, kann sich die Bedeutung des Besitzes in diesen Fällen nicht in einer Verkörperung der tatsächlichen Herrschaftsgewalt bzw. äußerlichen Erscheinungsform eines dinglichen oder persönlichen Rechts erschöpfen. Der (Eigen-) Besitzer rückt quasi an die Stelle des Eigentümers. Dies nicht nur, weil ein solches Grundstück vermögensrechtlich dem Besitzer zugerechnet werden muß. Vielmehr verbinden sich bei einer derartigen Konstellation mit dem Besitz auch allumfassende Herrschaftsbefugnisse. Für den Fall aber, daß dem Besitz eine zuordnende Funktion mit absoluter Wirkung gegenüber Dritten zufällt, kann dem Besitz andererseits die Eigenschaft eines dinglichen Rechts nur schwerlich abgesprochen werden ¹⁾.

c) Der Besitz als äußere Erscheinungsform
eines Anwartschaftsrechtes

aa) Begriff und Rechtsnatur

Es ist jedoch nicht erforderlich, vorstehende Frage abschließend zu entscheiden, da es ein anderer Aspekt ermöglicht, zumindest im Ergebnis zu einer konformen Auffassung mit dem Vereinigten Senat zu gelangen. Dieser Aspekt wird zwar auch von dem Vereinigten Senat in dem Plenarbeschluß angesprochen. Eine rechtliche Auswertung erfolgte indes nicht. Gemeint ist die von dem Vereinigten Senat unter Hinweis auf die Ersitzungsvorschriften getroffene Feststellung ²⁾, daß der Besitz dem besitzenden Nichteigentümer mittels Zeitablauf den Eigentumserwerb zu sichern vermag. Diese Feststellung legt die Frage nahe, ob dem Besitzer eines eigentumslosen und im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücks bis zum Zeitpunkt des Eigentumserwerbs durch Ersitzung nicht ein

1) s. auch Acemoğlu, S. 51 Anm. 54

2) "Bir şeyin aynına malik olmayan kimsenin zilyedliği zaman o şey mülkiyetinin iktisabını sağlayabilir"

Anwartschaftsrecht an dem betreffenden Grundstück zusteht.

Das Anwartschaftsrecht hat weder im deutschen noch im schweizerisch-türkischen Recht eine gesetzliche Regelung gefunden. Andererseits bestehen keine Bedenken, die von der deutschen Jurisprudenz hinsichtlich der Entstehung und Übertragung von Anwartschaftsrechten entwickelten Grundsätze auf das schweizerisch-türkische Recht zu übertragen. Das schweizerisch-türkische Recht kennt ebenso wie das deutsche Recht den Begriff der dinglichen Rechte, wobei sich deren Ausgestaltung weitgehend deckt. Der Anerkennung eines dinglichen Anwartschaftsrechts im schweizerisch-türkischen Recht könnte nur der Grundsatz der geschlossenen Anzahl der dinglichen Rechte entgegenstehen. Eine Kollision mit dem numerus clausus der Sachenrechte, der auch im deutschen Recht verankert ist, kann jedoch verneint werden, weil es sich bei dem Anwartschaftsrecht nicht um ein durch Parteiautonomie neu geschaffenes Recht sondern um ein in der Entstehung befindliches Vollrecht der im Gesetz vorgesehenen Art handelt.

Ein Anwartschaftsrecht kann immer dann angenommen werden, "wenn von dem mehraktigen Entstehungstatbestand eines Rechts schon so viele Erfordernisse erfüllt sind, daß von einer gesicherten Rechtsstellung des Erwerbers gesprochen werden kann" ¹⁾.

Auch wenn die herrschende Meinung ²⁾ dem Anwartschaftsrecht die Eigenschaft eines dinglichen Rechts abspricht, muß festgestellt werden, daß dieses einem dinglichen Recht zumindest sehr nahe kommt. Es handelt sich bei dem Anwartschaftsrecht um ein in der Entstehung begriffenes Vollrecht ³⁾.

Der Besitz an Grundstücken, die im Grundbuch (noch) keine Aufnahme gefunden haben, kann als Vorstufe des Eigentums angesehen werden, da Art. 639 TZGB dem Eigen-Besitzer eines solchen Grundstücks den späteren Eigentumserwerb durch Ersitzung ermöglicht. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, daß die Rechtsstellung des Ersitzungsprätendenten alle Wesensmerkmale eines Anwartschaftsrechts aufweist.

bb) Voraussetzungen für die Entstehung
eines Anwartschaftsrechtes

Überwiegend wird angenommen, daß sich Anwartschaftsrechte nur bei mehraktigen Erwerbstatbeständen herausbilden können. Der Be-

- 1) Westermann, § 5 III 3a; BGHZ 37, 321; 45, 189
- 2) so insbesondere der BGH in ständiger Rechtsprechung, vgl. BGHZ 28, 21; 30, 374; a.A. z.B. Palandt-Hoche, § 929 Anm. 6 B b
- 3) Dementsprechend sieht der BGH das Anwartschaftsrecht im Vergleich zum Eigentum nicht als ein aliud, sondern als ein wesensgleiches minus an, vgl. BGHZ 28, 21

griff "mehraktiger Erwerbstatbestand" ist indes nicht eng auszu-
legen ¹⁾. Daher kann auch die außerordentliche Ersitzung, obwohl
sich der Eigentumserwerb nach Ablauf der Ersitzungsfrist
eo ipso vollzieht, als ein mehraktiger Erwerbstatbestand aufge-
faßt werden, da der Eigentumserwerb von der a) Inbesitznahme des
Grundstücks und b) Ausübung des Eigenbesitzes während der Dauer
von 20 Jahren abhängig ist.

Die Entstehung von Anwartschaftsrechten ist grundsätzlich auch
im Liegenschaftsrecht möglich. So besteht für das deutsche Recht
Einigkeit, daß z.B. die Auflassung eines Grundstücks (§§ 925, 873
Abs. 2 BGB) in der Person des Erwerbers ein Anwartschaftsrecht
an dem betreffenden Grundstück begründet ²⁾.

Zu prüfen bleibt, ob die Erwerbsaussicht, die sich auf die außer-
ordentliche Ersitzung stützt, genügend gesichert ist, um als An-
wartschaftsrecht gelten zu können.

Von einer gesicherten Rechtsposition wird im allgemeinen dann
nicht gesprochen werden können, wenn durch eine einseitige Erklä-
rung eines Dritten die Erwerbsaussicht gestört werden kann ³⁾.

Insoweit ist die Rechtsposition des Ersitzungsprätendenten in der
Regel dadurch gekennzeichnet, daß der Eigentümer der Sache auf
Grund seines Herausgabeanspruchs die Erwerbsaussichten des Er-
sitzungsbesitzers jederzeit zunichte machen kann ⁴⁾. Anders ver-
hält es sich jedoch, wenn das Ersitzungsobjekt, und nur dieser
Fall bedarf der Untersuchung, ein eigentümerloses Grundstück ist.
In einem solchen Fall steht dem Ersitzungsprätendenten keine dem
Rang nach besserberechtigte Person gegenüber.

Die Rechtsposition des Ersitzungsbesitzers wird zusätzlich da-
durch verstärkt, daß Art. 639 TZGB den Eigentumserwerb nicht von
der Gutgläubigkeit des Besitzers abhängig macht ⁵⁾.

Ferner spricht für die Annahme einer gesicherten Erwerbsaussicht
auch der Umstand, daß der Ersitzungsprätendent allein auf Grund
der Ausübung des Eigenbesitzes selbständig in der Lage ist, den

-
- 1) So nehmen z.B. Wolff-Raiser, § 82 VII 3 und Palandt-Hoche, § 937 Anm. 1 an, daß der Finder ein (dingliches) Anwartschaftsrecht an dem Fundgegenstand hat
 - 2) Westermann, § 5 III 3b, § 76 I 5; Palandt-Hoche, § 925 Anm. 6b; Wolff-Raiser, § 61 II
 - 3) Westermann, § 5 III a
 - 4) Aus diesem Grunde verneint Westermann (§ 5 III b) ein Anwartschaftsrecht des Ersitzungsbesitzers; a.A. von Tuhr (Allg. Teil I), S. 186
 - 5) s. oben S. 86

Eigentumserwerb zu seinen Gunsten herbeizuführen. Es kann daher im Hinblick auf die Vorschrift des Art. 639 TZGB davon ausgegangen werden, daß zumindest dem rechtmäßigen Eigenbesitzer eines eigentümerlosen und im Grundbuch nicht verzeichneten Grundstücks ein Anwartschaftsrecht an dem betreffenden Grundstück zusteht.

cc) Die Grundsätze, die für die Übertragung des Anwartschaftsrechtes gelten

Das Anwartschaftsrecht ist grundsätzlich übertragbar. Die Übertragung erfolgt allgemein nach den für die Übertragung des Vollrechts geltenden Grundsätzen. Mit der Übertragung verliert der bisherige Anwartschaftsberechtigte sein Anwartschaftsrecht. An seine Stelle tritt der Erwerber. Ein sogenannter Durchgangserwerb findet nicht statt. Das Vollrecht entsteht unmittelbar in der Person des Erwerbers. ¹⁾

Soweit das Anwartschaftsrecht Durchgangsform bei der Entstehung von Eigentum an einem Grundstück ist, würde, sofern man die für die Übertragung des Vollrechts geltenden Grundsätze zugrunde legt, die Übertragung des Anwartschaftsrechtes von der Vornahme einer entsprechenden Eintragung im Grundbuch abhängig sein. Zur Eintragung im Grundbuch können nach geltendem türkischen Recht nur solche Rechte gelangen, die von dem Gesetzgeber ausdrücklich als eintragungsfähig anerkannt worden sind. Da die Eintragung von Anwartschaftsrechten nicht gesetzlich vorgesehen ist, kann sich die Übertragung von Anwartschaftsrechten, die an Grundstücken zur Entstehung gelangt sind, zwangsläufig nicht nach Vollrechtsgrundsätzen richten. Daraus nun die Konsequenz ziehen zu wollen, daß derartige Anwartschaftsrechte nicht übertragungsfähig sind, würde eine übertriebene Grundsatztreue bedeuten, welche die wirtschaftlichen Notwendigkeiten gänzlich außer acht läßt.

Für das deutsche Recht, das die Eintragung von Anwartschaftsrechten im Grundbuch gleichfalls nicht zuläßt, besteht weitgehende Einigkeit, daß sich die Übertragung von Anwartschaftsrechten, die an Grundstücken zur Entstehung gelangt sind, außerhalb des Grundbuchs vollziehen kann. So wird überwiegend angenommen, daß z.B. Anwartschaftsrechte, die an einem Grundstück durch Vornahme

1) Palandt-Hoche, § 929 Anm. 6 B b; Westermann, § 44 I, 2;
§ 5 III 3 d

me der Auflassung in der jeweiligen Person des Erwerbers begründet worden sind, mittels Auflassung auf einen Dritten übertragen werden können ¹⁾.

Auch demjenigen, der ein Anwartschaftsrecht an einem eigentümerlosen und im Grundbuch nicht verzeichneten Grundstück erlangt hat, kann die Möglichkeit nicht versagt werden, dieses rechtsgeschäftlich zu übertragen, um auf diese Weise den mit einem solchen Anwartschaftsrecht verbundenen Vermögenswert zu realisieren.

Die Anforderungen, die an den Übertragungstatbestand zu stellen sind, der nicht den Vollrechtsgrundsätzen folgen kann, werden sich zweckmäßiger Weise nach dem Entstehungstatbestand ausrichten. Da sich das Anwartschaftsrecht des Ersitzungsbesitzers ausschließlich auf den Besitz gründet, ist es gerechtfertigt, auf die Besitzübertragung als translativen Akt abzustellen.

Als Verfügungsgeschäft unterliegt die Besitzübertragung dem Kaufsalitätsprinzip. Somit würde der Erwerber ein Anwartschaftsrecht an dem Grundstück nur dann erlangen, wenn der Besitzübertragung ein wirksames Verpflichtungsgeschäft zugrunde liegt, das auf die Übertragung des Anwartschaftsrechts gerichtet ist ²⁾.

2. Der Grundsatz, daß formfrei abgeschlossene Veräußerungsverträge als Besitzübertragungsverträge zu behandeln sind
 - a) Die Grenzen der Vertragsauslegung

Nach Ansicht des Vereinigten Senats ist ein formloser Kaufvertrag, der die Verpflichtung zur Übertragung eines im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücks enthält, als Besitzübertragungsvertrag zu werten. Diese Feststellung hätte einer näheren Begründung bedurft, da ein Kaufvertrag seiner Natur nach auf die Übertragung des Eigentums gerichtet ist und es nicht ohne weiteres möglich ist, einem von den vertragsschließenden Parteien als Kauf bezeichneten Vertrag einen anderen Inhalt zu geben.

1) s. Palandt-Hoche, § 925 Anm. 6 b; Wolff-Raiser, § 61 II; LG Hagen, NJW 1955, S. 1798; Ulrich Hoche (Abtretung und Verpfändung des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung), NJW 1955, S. 652, S. 652f.

2) vgl. auch die Ausführungen von Acemoğlu (S. 68f. Anm. 11), die sich mit der Besitzübertragung beschäftigen

Wenn man Postacioglu folgt, der seine Überlegungen auch dem Vereinigten Senat unterstellt, ist die Annahme, daß derartige Verträge als Besitzübertragungsverträge zu behandeln sind, das Ergebnis der Auslegungsbedürftigkeit. Von diesem Autor wird die Vorstellung des Vereinigten Senats geteilt, daß die im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücke nicht Gegenstand eines Eigentumsrechts sein können. Er folgert daraus, daß die auf die Übertragung derartiger Grundstücke gerichteten Verträge nur dahin ausgelegt werden können, daß Gegenstand der von dem Veräußerer übernommenen Verpflichtung allein die Besitzübertragung ist ¹⁾.

Dieser Auffassung ist mit Entschiedenheit entgegenzuhalten, daß eine derartige vorweggenommene und noch dazu als allgemeingültig hingestellte Pauschalinterpretation mit dem Wesen einer Vertragsauslegung unvereinbar ist. Die Vertragsauslegung dient der Erforschung des übereinstimmenden wirklichen Willens der an einem Vertragsschluß beteiligten Parteien, Art. 18 TOG. Maßgebend für das Ergebnis einer Auslegung sind also die individuellen Vorstellungen der jeweiligen Vertragspartner.

Die Nichteinhaltung der für Grundstückskaufverträge geltenden Formvorschriften vermag die Vertragsauslegung in keiner Weise zu präjudizieren. Es ist sehr wohl denkbar, daß sich die Parteien bewußt über diese Formvorschriften hinweggesetzt haben oder aber ihr Verhalten auf Rechtsunkenntnis zurückzuführen ist.

Damit ist jedoch keineswegs ausgeschlossen, daß im Einzelfall die Auslegung eines ohne Einhaltung der Formvorschriften geschlossenen Kaufvertrages, der ein im Grundbuch nicht verzeichnetes Grundstück zum Gegenstand hat, ergibt, daß den Parteien entgegen der von ihnen gewählten Vertragsbezeichnung lediglich die Übertragung des Besitzes an dem Grundstück vorgeschwebt hat. Gleichwohl werden die Vertragspartner in der Regel davon ausgehen, daß der veräußernde Teil Eigentümer des Grundstücks ist. In diesem Fall haben die Parteien - zumindest aus ihrer Sicht - keinerlei Veranlassung, die Übertragung auf den Besitz zu beschränken, so daß die Auslegung regelmäßig ergeben wird, daß der geschlossene Kaufvertrag auf die Übertragung des Eigentums an dem betreffenden Grundstück gerichtet ist ²⁾.

1) Postacioglu (Diss.), S. 82; ders. (Annales), S. 200f.; s. auch Artus, S. 377ff.

2) Acemoğlu, S. 53; Sungurbey (MHAD), S. 152; Tekinay (Annales), S. 74

b) Bedenken, die gegen eine Umdeutung erhoben werden könnten

Von der Vertragsauslegung zu unterscheiden ist die Konversion, der sich der Vereinigte Senat ebenfalls bedienen haben könnte.

Die Möglichkeit, Verträge umzudeuten, wird, wie bereits dargelegt wurde, von der türkischen Rechtswissenschaft allgemein anerkannt, obwohl eine gesetzliche Regelung fehlt. Die Konversion dient im Gegensatz zur Auslegung nicht der Erforschung des tatsächlichen, sondern des hypothetischen Willens der Parteien für den Fall, daß sich der geschlossene Vertrag als nichtig oder unwirksam herausstellt ¹⁾. Eine Umdeutung könnte somit nur in Betracht kommen, wenn die Grundstückskaufverträge, die der Plenarbeschluß zum Gegenstand seiner Erörterungen macht, der Wirksamkeit ermangeln.

Nach Auffassung von Postacioglu sind Kaufverträge, die im Grundbuch nicht aufgenommene Grundstücke betreffen, unabhängig von der Form, in der sie eingegangen worden sind, immer nichtig. Postacioglu begründet diese Ansicht damit, daß ein gültiger Kaufvertrag nur zustande kommen kann, wenn der Verkäufer gleichzeitig Eigentümer des Grundstücks ist, und diese Voraussetzung bei im Grundbuch nicht verzeichneten Grundstücken niemals erfüllt ist ²⁾.

Einige in dem Plenarbeschluß enthaltene Formulierungen deuten darauf hin, daß auch der Vereinigte Senat die Nichtigkeit derartiger Kaufverträge aus derselben Überlegung herleitet ³⁾.

Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, daß Kaufverträge lediglich ein Verpflichtungsgeschäft darstellen und somit eine mangelnde Verfügungsbefugnis die Wirksamkeit des Vertragsabschlusses nicht

-
- 1) vgl. zur Konversion auch die Ausführungen oben S. 51f. sowie Olgac, S. 135
 - 2) Postacioglu (Diss.), S. 79ff.
 - 3) Acemoğlu (S. 52) glaubt dies unterstellen zu dürfen, nicht zuletzt auch mit Rücksicht darauf, daß der türkische Kassationsgerichtshof bei früherer Gelegenheit verschiedentlich eine dahingehende Ansicht offen vertreten hatte

zu beeinträchtigen vermag ¹⁾.

Andererseits ist zu berücksichtigen, daß nach den Vorstellungen von Postacioglu und des Vereinigten Senats an den im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücken kein Eigentumsrecht besteht. Es handelt sich also nicht nur darum, daß dem betreffenden Veräußerer die Verfügungsbefugnis im Hinblick auf das Eigentum fehlt, sondern darüberhinaus auch keine andere Person in der Lage sein würde, dem Käufer entsprechend der mit dem Kaufvertrag übernommenen Verpflichtung das Eigentum - zumindest nicht unmittelbar - zu verschaffen. Man könnte daher annehmen, daß ein solcher Kaufvertrag infolge objektiver Unmöglichkeit der laut Vertrag zu erbringenden Leistung gemäß Art. 20 TOG nichtig ist. Es erscheint jedoch müßig, vorstehender Frage weiter nachzugehen, weil sich die Nichtigkeit formlos abgeschlossener Kaufverträge, auf die der Beschluß allein abstellt, bereits aus dem Verstoß gegen die für Grundstückskaufverträge geltenden Formvorschriften Art. 213 S. 1 TOG, 634 S. 1 TZGB ergibt.

Nun ist jedoch nicht jedes nichtige Rechtsgeschäft umdeutungsfähig. Vielmehr ist für die Vornahme einer Konversion erforderlich, daß das nichtige Rechtsgeschäft objektiv den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts voll entspricht, das zugleich einen annähernd gleichwertigen Erfolg wie das ursprünglich gewollte ermöglicht. Grundsätzlich läßt sich das nichtige Rechtsgeschäft im Wege der Konversion auch durch ein atypisches Vertragsverhältnis ersetzen, vorausgesetzt, daß ein darauf gerichteter hypothetischer Wille der am Vertragsschluß beteiligten Parteien feststellbar ist.

Der Auffassung von Sungurbey zufolge läßt sich ein formnichtiger Kaufvertrag, der ein Grundstück betrifft, das noch keine Aufnahme im Grundbuch gefunden hat und an dem kein Eigentumsrecht besteht, im Wege der Konversion als Besitzübertragungsver-

1) Auch der türkische Kassationsgerichtshof hat seinerseits in späteren Jahren die Wirksamkeit von Kaufverträgen nicht länger von dem Vorliegen der Verfügungsbefugnis des Veräußerers abhängig gemacht; vgl. Acemoğlu, S. 52 mit entsprechenden Rechtsprechungsnachweisen (Anm. 57)

trag aufrechterhalten. Sungurbey stimmt somit dem von dem Vereinigten Senat insoweit gewonnenen Ergebnis zu, betont jedoch, daß eine dahingehende Umdeutungsmöglichkeit ausscheidet, wenn an dem verkauften Grundstück - sei es im Grundbuch eingetragen oder nicht - ein Eigentumsrecht besteht, da andernfalls die Umdeutung mit einer Umgehung der Formvorschriften verbunden sein würde ¹⁾.

Demgegenüber nimmt Tekinay den Standpunkt ein, daß eine dahingehende Konversion ausnahmslos zum Scheitern verurteilt ist, weil ein Besitzübertragungsvertrag im Verhältnis zum Kaufvertrag nicht als ein *a n d e r e s* Rechtsgeschäft angesehen werden kann. Als Argumentation dienen ihm folgende Überlegungen: Der Kaufvertrag verpflichtet den Verkäufer gemäß Art. 182 TOG, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm daran das Eigentum zu verschaffen. Es sind also zwei Verpflichtungen, die sich für den Verkäufer ergeben, nämlich die Verschaffung des Eigentums und die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes der Sache. Die Übertragung des Besitzes stellt somit einen sich aus dem Kaufvertrag ergebenden Erfüllungsakt dar. Die Konversion kann jedoch nicht dazu dienen, eine Erfüllungsverpflichtung trotz Nichtigkeit des Vertrages aufrechtzuerhalten. Um die Konversion Platz greifen zu lassen, ist es vielmehr erforderlich, daß ein anderes als das nichtige Rechtsgeschäft dessen Stelle einnimmt. Wenn man dazu übergeht, ein einheitliches Rechtsgeschäft künstlich in mehrere Teile aufzuspalten, würde sich nahezu jedes Rechtsgeschäft in irgendeiner Weise aufrechterhalten lassen. Niemand würde jedoch z.B. auf die Idee verfallen, ein mangels Einhaltung der erforderlichen Schriftform unwirksames Schenkungsversprechen als Versprechen zur Besitzübertragung aufrechtzuerhalten ²⁾.

Diese Argumente sind von Acemoğlu aufgegriffen worden. Dieser gelangt zu demselben Ergebnis wie Tekinay, meint jedoch, daß in Wahrheit nicht von einer Konversion, sondern Teilnichtigkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 2 TOG die Rede sei, weil eben die Verpflichtung zur Besitzübertragung kein gesondertes Rechtsgeschäft, sondern

1) Sungurbey (MHAD), S. 157f.

2) Tekinay (MHAD), S. 137ff.; ders. (Annales), S. 75

Bestandteil des Kaufvertrages sei ¹⁾.

Obwohl sich die Bedenken, die gegen die Möglichkeit der Aufrechterhaltung eines Kaufvertrages als Besitzübertragungsvertrag erhoben werden, nicht von der Hand weisen lassen, stellt sich die Situation doch etwas anders dar, wenn man die Untersuchung auf den Fall beschränkt, daß der nichtige Kaufvertrag ein eigentümerloses Grundstück betrifft.

Dem Besitzer eines solchen Grundstücks wird man eine rechtsähnliche Stellung nur schwerlich absprechen können, sei es, daß man dem Besitz aufgrund seiner absoluten Wirkung die Eigenschaft eines dinglichen Rechts zuspricht, sei es, daß man dem Besitzer zumindest ein Anwartschaftsrecht an dem Grundstück zuerkennt. An die Stelle des Eigentums könnte somit als Kaufgegenstand das Besitzrecht oder das Anwartschaftsrecht treten. Eine solche Umdeutung würde nicht gleichbedeutend mit einer nur teilweisen Aufrechterhaltung des Kaufvertrages und der sich aus diesem ergebenden Verpflichtungen sein, weil neben die Verpflichtung zur Verschaffung des Besitzes die Verpflichtung zur Übertragung des Rechts tritt. Der Umstand, daß es sich vom Vertragstypus her gesehen nicht um ein anderes Rechtsgeschäft handelt, dürfte der Möglichkeit, einen Sachkauf in einen Rechtskauf umzudeuten, grundsätzlich nicht im Wege stehen.

Man wird auch annehmen dürfen, daß in der Regel ein dahingehender hypothetischer Wille der Vertragsparteien bei Kenntnis von der Nichtigkeit des Kaufvertrages, der auf die Übertragung des Eigentums abzielt, festgestellt werden kann, da aus vermögensrechtlicher Sicht das Besitzrecht bzw. das Anwartschaftsrecht in dem angenommenen Fall dem Eigentum vergleichbar ist.

Eine andere Frage ist, ob ein wegen Formmangels nichtiger Grundstückskaufvertrag allen Erfordernissen entspricht, die an einen als Rechtskauf zu verstehenden "Besitzübertragungsvertrag" zu stellen sind. So würde eine Umdeutung trotz allem dann nicht möglich sein, wenn auch der Besitzübertragungsvertrag den für Grundstückskäufen geltenden Formvorschriften unterliegen würde.

1) Acemoğlu, S. 54

3. Die Ansicht, daß Besitzübertragungsverträge
nicht formbedürftig sind

Der Vereinigte Senat vertritt in dem Plenarbeschluß die Auffassung, daß ein Besitzübertragungsvertrag keinerlei Formvorschriften unterworfen ist, weil Verträge gemäß Art. 11 Abs. 1 TOG nur dann einer besonderen Form bedürfen, wenn der Gesetzgeber eine entsprechende Anordnung getroffen hat. Das Gesetz sieht aber, wie der Vereinigte Senat feststellt, für Verträge, die auf die Übertragung des Besitzes an einem Grundstück gerichtet sind, weder die Form der öffentlichen Beurkundung noch eine andere Form vor.

Sungurbey tritt dieser Ansicht mit der Begründung bei, daß sich die für Grundstücksverträge geltenden Formvorschriften nicht zur Anwendung bringen lassen, weil diese ausschließlich dem Zweck dienen, den Eigentümern eines Grundstücks zu schützen ¹⁾. Diese Argumente vermögen jedoch nicht zu überzeugen.

Wenn in Art. 11 TOG bestimmt ist, daß Verträge zu ihrer Wirksamkeit nur dann einer besonderen Form bedürfen, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt, besagt dies nicht zwangsläufig, daß sich in dem Gesetz eine entsprechende Sondervorschrift finden muß. Vielmehr erscheint es geboten, ein Geschäft trotz Fehlens einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung immer dann als formbedürftig anzusehen, wenn Zweck und Bedeutung bestehender Formvorschriften eine Gleichbehandlung verlangen ²⁾.

Die Formvorschriften, die für den Abschluß von Grundstücksverträgen die öffentliche Beurkundung verlangen, haben Schutzfunktion. Mit dem Erlass dieser Vorschriften hat der Gesetzgeber primär die Absicht verfolgt, den an einem Grundstücksvertrag beteiligten Parteien vor Eintritt der vertraglichen Bindung Gelegenheit zu geben, die Folgen der in Angriff genommenen Transaktion zu überdenken. Die Gewährung eines besonderen Schutzes vor leichtfertigen und übereilten Schritten erschien dem Gesetzgeber deshalb gerechtfertigt, weil dem Grundvermögen eine

1) Sungurbey (MHAD), S. 154; ders. (Diss.), S. 82; die Auffassung des Vereinigten Senats wird auch geteilt von Güral, S. 91f. und Postacıoğlu (Annales), S. 200f.

2) s. Acemoğlu, S. 55

nicht unerhebliche soziale Bedeutung zukommt, welche die Grundstücke von den Mobilien unterscheidet. Hinzukommt, daß Grundstücke im allgemeinen einen großen Geldwert besitzen und erfahrungsgemäß oftmals den größten Teil des Vermögens des Veräußerers ausmachen.

Der durch die Formvorschriften bewirkte Schutz muß auch dem Besitzer eines eigentümerlosen und im Grundbuch noch nicht aufgenommenen Grundstücks zuteil werden. Der Umstand, daß eine Eintragung des Grundstücks im Grundbuch noch nicht stattgefunden hat, vermag die soziale Bedeutung und den wirtschaftlichen Wert eines solchen Grundstücks allenfalls nur unmaßgeblich zu beeinflussen. Sofern kein Eigentumsrecht an dem Grundstück besteht, entspricht somit der Status, den der Besitzer des Grundstücks innehat, sowohl aus rechtlicher als auch aus wirtschaftlicher Sicht dem eines Eigentümers. Demzufolge können auch an der Schutzwürdigkeit des Besitzers eines solchen Grundstücks keine Zweifel bestehen ¹⁾.

Dies führt zu dem Ergebnis, daß auch der Besitzübertragungsvertrag, der eine Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums nicht mit einschließt, nach den erkennbaren Vorstellungen des Gesetzgebers zur Wirksamkeit der öffentlichen Beurkundung durch einen Grundbuchbeamten bedarf, da gleiche Werte wie bei einem Grundstückskaufvertrag auf dem Spiel stehen. Daraus ergibt sich wiederum, daß es nicht möglich ist, einen mangels Einhaltung der Formvorschriften nichtigen Grundstückskaufvertrag in einen Besitzübertragungsvertrag (Rechtskauf) umzudeuten ²⁾.

4. Die Auffassung, daß die Besitzübergabe den Vertrag wirksam werden läßt

Dem Plenarbeschluß des Vereinigten Senats vom 9.10.1946 hat die spätere Rechtsprechung Rechnung getragen, bei der Anwendung der Grundsätze jedoch gleichzeitig eine gewisse Modifizierung vorgenom-

1) s. auch Acemoğlu, S. 55; Tekinay (MHAD), S. 137
2) Acemoğlu, a.a.O.; Tekinay, a.a.O.; vgl. auch Postacıoğlu (Annales), S. 200f., der sich jedoch trotz Bedenken gegen den Formzwang im Hinblick auf Art. 11 Abs. 1 TOG ausspricht

men ¹⁾. Denn die Gerichte haben bei ihren Entscheidungen ausnahmslos den formlosen Grundstückskaufverträgen, die ein im Grundbuch nicht aufgenommenes Grundstück betrafen, nur dann rechtliche Wirkung beigemessen, wenn dem Vertragsschluß die Grundstücksübergabe nachgefolgt war. Die Rechtsprechung verlangt in diesem Zusammenhang, daß der Nachweis der erfolgten Besitzübergabe gesondert zu erbringen ist ²⁾.

Wenn man davon absieht, daß die mit diesem Tenor im Laufe der Zeit ergangenen Urteile sich vereinzelt auf den Plenarbeschluß vom 9.10.1946 berufen ³⁾, findet sich in den Entscheidungen keinerlei Hinweis, welche rechtlichen Überlegungen dieser Haltung zugrunde liegen.

Sungurbey mißbilligt diese Rechtsprechung, die er dahingehend interpretiert, daß der türkische Kassationsgerichtshof die Besitzübertragungsverträge als Realverträge verstanden wissen will. Seiner Meinung nach ist es jedoch nicht möglich, die Gruppe der im Gesetz vorgesehenen Realverträge willkürlich zu erweitern ⁴⁾.

Acemoğlu zufolge wird diese Haltung des türkischen Kassationsgerichtshofes von der Erkenntnis bestimmt, daß derjenige, der mittels eines formlosen Vertrages ein im Grundbuch nicht aufgenommenes Grundstück kauft, erst schutzwürdig erscheint, wenn

- 1) vgl. insoweit die oben S. 103 unter Anm. 1 erwähnten Urteile des türkischen Kassationsgerichtshofes; ferner das Urteil des 5. ZivSen. Nr. 4750/4224 v. 30.11.1950 (Olgaç-Karahasan - Gayrimenkullerin akid ... - S. 309) wegen der Beweisführung hinsichtlich der Besitzübergabe.
- 2) Es wäre verfehlt anzunehmen, daß sich diese zwischenzeitlich gefestigte Rechtsprechung in Widerspruch zu dem Plenarbeschluß vom 9.10.1946 gesetzt hat, denn der Vereinigte Senat hatte seinerzeit nur die Rechtslage nach erfolgter Grundstücksübergabe zu untersuchen. Es liegt daher näher, von einer Fortentwicklung der vom Vereinigten Senat geprägten Grundsätze zu sprechen. Im übrigen wären die Gerichte insoweit auch nicht an die Auffassung des Vereinigten Senats gebunden gewesen, weil dem Vereinigten Senat zur verbindlichen Stellungnahme nur die Frage vorgelegt worden war, welche Verjährungsfristen für Herausgabeansprüche gelten, die aus dem Abschluß eines formnichtigen Grundstückskaufvertrages hergeleitet werden.
- 3) Urteil des 4. ZivSen. Nr. 1327/1574 v. 10.4.1947 (Olgaç-Karahasan - Gayrimenkullerin akid ... -, S. 314); Urteil des 4. ZivSen. Nr. 5951/4568 v. 10.11.1947 (Olgaç-Karahasan, a.a.O.)
- 4) Sungurbey (Diss.), S. 83; vgl. auch Kocayusufpasaoğlu, S. 80

die Übergabe des Grundstücks erfolgt ist. Um dieses Ergebnis zu erreichen, hat die Rechtsprechung nach Ansicht von Acemoglu jedoch nicht auf das Rechtsinstitut des Realvertrags, sondern auf ein dem islamischen Recht eigentümliches Institut, die sogenannten "fasit akitler" zurückgegriffen.

Die von dem islamischen Recht als fasit akitler bezeichneten Vertragsabschlüsse waren bis zu ihrer Erfüllung annullierbar. Mit der Erfüllung wurden die Verträge voll wirksam, so daß ihre Aufhebung nicht mehr verlangt werden konnte. Ein derartiger Grundsatz läßt sich jedoch, wie Acemoglu abschließend bemerkt, mit dem geltenden Schuldrechtssystem nicht in Einklang bringen, wonach eine solche Wirkung lediglich durch übereinstimmende Willenserklärung erzeugt werden kann ¹⁾.

Die Haltung der Rechtsprechung ließe sich möglicherweise auch damit erklären, daß nach den Vorstellungen der Gerichte ein formnichtiger Grundstückskaufvertrag zwar als Besitzübertragungsvertrag aufrechterhalten werden kann, letzterer jedoch noch heilungsbedürftig, andererseits aber auch heilungsfähig ist. So wird z.B. nach geltendem Recht ein Schenkungsversprechen, das der Schriftform ermangelt und daher nichtig ist, mit Übergabe der Sache wirksam, Art. 238 TOG (= Art. 243 TOG). Dieser Grundsatz läßt sich indes nicht auf Grundstücksverträge übertragen. Dies wird hinreichend durch die Tatsache deutlich, daß im Gegensatz zum deutschen Recht nicht einmal die nachfolgende Eintragung des Erwerbers im Grundbuch die Heilung eines formnichtigen Grundstückskaufvertrages zu bewirken vermag.

Auch die nachfolgende Übergabe des Grundstücks ist somit nicht dazu geeignet, einen wegen Nichteinhaltung der Formvorschriften nichtigen Grundstückskaufvertrag als wirksamen Besitzübertragungsvertrag aufrechtzuerhalten.

5. Zusammenfassende Stellungnahme

Abschließend kann festgestellt werden, daß Verträge, die auf die Übertragung eines dinglichen Besitzrechts oder Anwartschafts-

1) Acemoğlu, S. 62f.

rechts an einem Grundstück gerichtet sind, zu ihrer Wirksamkeit der öffentlichen Beurkundung durch einen Grundbuchbeamten ebenso bedürfen wie Verträge, welche die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück zum Gegenstand haben. Ein unter Nichtbeachtung dieser Form geschlossener Vertrag gibt dem "Erwerber" keinen schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung des Rechts gegen den Veräußerer.

Die im Grundbuch noch nicht aufgenommenen Grundstücke unterliegen somit grundsätzlich denselben Regelungen wie die eingetragenen Grundstücke. Zwar geben Veräußerungsgeschäfte, die auf die Übertragung eines eigentümerlosen Grundstücks gerichtet sind, zu besonderen Überlegungen Anlaß. Die Rechtslage stellt sich im Ergebnis jedoch nicht anders dar.

Die auf einen formnichtigen Vertrag gestützte Eintragung des "Erwerbers" im Grundbuch bzw. die Übergabe des Grundstücks vermag weder den bestehenden Formmangel des Vertragsabschlusses zu heilen noch den Rechtserwerb herbeizuführen, zumal der Erwerb dinglicher Rechte von der Wirksamkeit des Kausalgeschäfts abhängig ist (Kausalitätsprinzip).

Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß sowohl an den eingetragenen wie auch an den im Grundbuch noch nicht aufgenommenen Grundstücken regelmäßig ein Eigentumsrecht besteht. Dies bedeutet, daß die aufgezeigte Rechtsprechung des türkischen Kassationsgerichtshofs, soweit sie die Übertragung der im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücke betrifft, sich quasi in einem luftleeren Raum bewegt. Es muß dieser Rechtsprechung zum Vorwurf reichen, daß sie bei allen ihren Entscheidungen die Eigentumsfrage gänzlich ungeprüft läßt und allein auf die Tatsache der Nichteintragung des Grundstücks abstellt ¹⁾.

Ein wohl gehütetes Geheimnis dieser Rechtsprechung ist im Übrigen die Antwort auf die Frage, wie man im Einzelfall feststellen kann, ob das betreffende Grundstück im Grundbuch verzeichnet ist oder nicht. Denn, wie an anderer Stelle ²⁾ bereits ausgeführt wurde, haben auch die zur Zeit des Osmanischen Reiches vorgenommenen Grundstückseintragungen, wenn gleichwohl mit ge-

1) vgl. dazu die oben S. 103 unter Anm. 1 zitierte Rechtsprechung

2) s. oben S. 64

wissen Ausnahmen, ihre Gültigkeit behalten. Seinerzeit wurde die Registrierung der Grundstücke nicht auf der Grundlage des Realfoliensystems, sondern in chronologischer Reihenfolge ihrer Eintragung oder in alphabetischer Reihenfolge der Namen (Vor-namen!) ihrer damaligen Eigentümer bzw. Besitzer vorgenommen. Wenn man sich ferner vor Augen hält, daß die Lage des betreffenden Grundstücks nicht mit katastermäßigen Angaben im Grundbuch ausgewiesen wurde, erscheint es undenkbar, daß sich die Tatsache der Eintragung bzw. Nichteintragung eines Grundstücks selbst bei Anwendung größter Sorgfalt mit hinreichender Sicherheit feststellen läßt.¹⁾ Noch schwerer fällt indes die Vorstellung, daß sich die Gerichte bei ihren Entscheidungen jeweils der Mühe unterzogen haben, eine gewissenhafte Aufklärung dieses aus ihrer Sicht für die Beurteilung der Rechtslage so bedeutsamen Punktes herbeizuführen.

VI. Die Rechtsposition des Erwerbers nach erfolgter Grundstücksübergabe im Falle der Nichteinhaltung der Formvorschriften

1. Ausgangspunkt der Überlegung

Es ist zum Ausdruck gekommen, daß in der Türkei die geltenden Formvorschriften bei Abschluß von Grundstücksverträgen in zahllosen Fällen unbeachtet bleiben. Die Hintergründe dieses auffälligen Erscheinungsbildes sind bereits an anderer Stelle²⁾ aufgezeigt worden, so daß es sich erübrigt, erneut darauf einzugehen.

Die insoweit geübte Praxis blühte zunächst im Verborgenen. In den ersten, nahezu zwanzig Jahren nach Inkrafttreten des TZGB und TOG kam es nur ganz vereinzelt zu ernsthaften Streitigkeiten zwischen den an einem formlosen Vertragsschluß beteiligten Parteien, so daß dieses Unwesen die Stellungnahme des türkischen Kassationsgerichtshofes wie auch die Aufmerksamkeit der Doktrin erst relativ spät herausforderte. Nicht nur, daß die Verträge reibungslos abgewickelt wurden. Bis zu diesem Zeitpunkt bestand für die Parteien regelmäßig auch keine Veranlassung, die von

1) s. dazu auch Acemoglu, S. 16; Güral, S. 56; Velidedeoglu-Esmer, S. 252f.

2) s. oben S. 96 ff.

ihnen erbrachten Leistungen - Übergabe des Grundstücks bzw. Zahlung des Kaufpreises - von der Gegenseite bei anderer Gelegenheit zurückzufordern.

Diese Situation änderte sich, als nach Beendigung des 2. Weltkrieges die türkische Währung in zunehmendem Maße ihre Kaufkraft verlor, während die Grundstückspreise eine umgekehrte Entwicklung nahmen. Dies hatte die natürliche Folge, daß mit fortschreitender Zeit die Verkäuferseite immer häufiger Grund hatte, die vollzogene Transaktion zu bereuen. Der Veräußerer ist alsdann sehr leicht versucht, die Verletzung der Formvorschriften zum willkommenen Anlaß zu nehmen, um den als Fehldisposition erkannten Schritt rückgängig zu machen. Es nimmt daher nicht Wunder, daß sich die Gerichte fortan in ständig steigendem Maße mit derartigen Transaktionen zu befassen hatten.

Dieser Prozeßlawine, die sich im Jahre 1946 erstmals abzuzeichnen begann, glaubte der Vereinigte Senat des türkischen Kassationsgerichtshofs mit seinem Plenarbeschluß vom 9.10.1946 entgegenzutreten zu müssen. Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, fiel die Entscheidung des Vereinigten Senats dahin aus, daß formlose Vertragschlüsse, soweit davon im Grundbuch (noch) nicht aufgenommenen Grundstücke betroffen sind, als wirksame Besitzübertragungsverträge aufrechtzuerhalten sind.

Man darf vermuten, daß dieser Plenarbeschluß wie auch die spätere Rechtsprechung des türkischen Kassationsgerichtshofs, die dem Veräußerer ein Rückforderungsrecht abspricht, weniger von rechtlichen Überlegungen als von Billigkeitserwägungen bestimmt worden sind. Es hat sich nämlich gezeigt, daß Gegenstand derartiger Prozesse in der Regel Grundstückstransaktionen sind, die fünf und mehr Jahre zurückliegen.

Die Literatur, soweit sie mit der rechtlichen Argumentation der Rechtsprechung nicht konform geht, ist sich mit dieser weitgehend darin einig, daß es den Grundsätzen der Billigkeit widerspricht, dem Veräußerer, der nach Erhalt des Kaufpreises jahrelang die Vorteile der Transaktion genossen hat, die Möglichkeit offenzuhalten, das Grundstück von dem Erwerber, der auf den status quo vertraut hat, zurückzufordern. Man hat daher in Kreisen der Literatur nach anderen Wegen gesucht, um dem Veräußerer den Herausgabeanspruch zu versagen.

2. Grundlage der Herausgabeansprüche, denen sich der Erwerber ausgesetzt sieht.

Hinsichtlich der Herausgabeansprüche sind folgende Fälle zu unterscheiden:

a) Der Veräußerer ist Eigentümer des Grundstückes

Da ein Eigentumsübergang nicht stattgefunden hat, steht dem Veräußerer als Eigentümer gegen den Erwerber ein Herausgabeanspruch gemäß Art. 618 S. 2 TZGB ¹⁾ (rei vindicatio) zu.

Sofern der Erwerber seine Eintragung im Grundbuch herbeigeführt hat ²⁾, würde der Veräußerer außerdem über einen Grundbuchberichtigungsanspruch nach Art. 933 TZGB (= Art. 975 SZGB) verfügen, es sei denn, daß der Erwerber zwischenzeitlich das Eigentum an dem Grundstück durch Ersitzung erworben hat.

Der Veräußerer besitzt gegen den Erwerber ferner einen Anspruch auf Rückgabe des Grundstücks aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäß Art. 61 TOG (= Art. 62 SOR), weil der Besitzübergabe kein wirksames Kausalgeschäft zugrunde liegt. Der Anwendung der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung steht nicht entgegen, daß Gegenstand der Bereicherung lediglich der Besitz an dem Grundstück ist (condictio possessionis) ³⁾. Ein dahingehender Bereicherungsanspruch des Veräußerers würde jedoch gemäß Art. 62 TOG (Art. 63 SOR) ausgeschlossen sein, falls dieser im Zeitpunkt der Übergabe des Grundstücks gewußt hat, daß er eine in Wahrheit nicht geschuldete Leistung erbringt ⁴⁾.

Entgegen der Ansicht von Olgac ⁵⁾ ist anzunehmen, daß der Her-

-
- 1) Art. 618 S. 2 TZGB entspricht Art. 641 Abs. 2 SZGB
 - 2) Ein solcher Fall ist in der Praxis jedoch kaum denkbar, weil die Grundbuchbeamten eine Eigentumsumschreibung nur dann vornehmen können und werden, wenn dem entsprechenden Umschreibungsantrag ein öffentlich beurkundeter Veräußerungsvertrag beigelegt ist
 - 3) Acemoğlu, S. 82,85; Karayalçin; S. 28f.; Tekinay (MHAD), S. 140; von Tuhr (Borçlar Hukuku), S. 445f.
 - 4) Karayalçin, S. 28f.; a.A. Acemoğlu (S. 85) mit der Begründung, daß die Anwendung des Art. 62 TZGB die "Erfüllung" einer Nichtschuld voraussetzt, die Besitzübergabe für sich allein jedoch keine Erfüllung bedeutet
 - 5) Olgac, S. 683

ausgabeanspruch gemäß Art. 618 S. 2 TZGB und der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung von dem Veräußerer nebeneinander geltend gemacht werden können.

- b) Eigentümer des Grundstücks ist nicht der Veräußerer, sondern ein Dritter

In diesem Fall kann der Veräußerer auf den Herausgabeanspruch nach Art. 618 S. 2 TZGB nicht zurückgreifen. Es verbleibt der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Jedoch wird in der Doktrin die Meinung vertreten, daß der Veräußerer von dem Erwerber die Rückgabe des Grundstücks nicht an sich selbst, sondern nur an den Eigentümer verlangen kann ¹⁾.

- c) Veräußerungsobjekt ist ein Grundstück, an dem (noch) kein Eigentumsrecht besteht ²⁾

Sofern man den Veräußerer ein Anwartschaftsrecht an dem Grundstück zuerkennt, ist dieses Recht dem Veräußerer trotz Übergabe des Grundstücks infolge des geltenden Kausalitätsprinzips verblieben ^{3) 4)}. Da das Anwartschaftsrecht eine Vorstufe zum Eigentum bildet, erscheint es gerechtfertigt, dem Veräußerer in diesem Fall einen Herausgabeanspruch gegen den Erwerber in analoger Anwendung des Art. 618 S. 2 TZGB zu geben ⁵⁾.

Demgegenüber sieht Reisoğlu ⁶⁾ die Rechte des Veräußerers auf die sich zugunsten eines früheren Besitzers aus Art. 902 TZGB (= Art. 934 SZGB) und Art. 904 TZGB (= Art. 936 SZGB) ergebenden Herausgabeansprüche beschränkt. Ob diese Vorschriften, die

-
- 1) Acemoğlu, S. 85; von Tuhr (Borçlar Hukuku), S. 446 Anm. 145
2) In der Praxis dürfte sich dieser Fall kaum ergeben, da nach den getroffenen Feststellungen (vgl. oben S. 81ff.) auch an den im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücken regelmäßig ein Eigentumsrecht besteht
3) s. dazu oben S. 113
4) Entsprechendes würde gelten, wenn man den Veräußerer als Inhaber eines dinglichen Besitzrechts ansieht
5) vgl. auch Palandt-Hoche (§ 929 Anm. 6Bb) hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 985 BGB
6) Reisoğlu (Diss.), S. 88f.

sich dem Wortlaut nach nur auf Fahrnis erstrecken, im gegebenen Fall anwendbar sind ¹⁾, kann dahingestellt bleiben, da ein Herausgabeanspruch nur besteht, wenn der frühere Besitzer seinen Besitz entweder unfreiwillig verloren hat (Art. 902 TZGB) oder der gegenwärtige den Besitz nicht in gutem Glauben erworben hat (Art. 904 TZGB). Reisoğlu, der das Vorliegen dieser Voraussetzungen verneint, kommt zu dem Ergebnis, daß dem Veräußerer kein Herausgabeanspruch gegen den Erwerber zusteht ²⁾.

Reisoglu übersieht jedoch, daß dem Veräußerer, auch wenn es sich um einen Nichteigentümer handelt, in jedem Fall ein Anspruch auf Rückgabe des Grundstücks aus ungerechtfertigter Bereicherung verbleibt, wenn das Kausalgeschäft wegen Formmangels nichtig ist ³⁾.

Alle aufgezeigten Alternativen geben somit dem Veräußerer grundsätzlich die Möglichkeit, das Grundstück von dem Erwerber zurückzufordern.

3. Die Bemühungen der Rechtslehre, eine geschützte Rechtsposition des Erwerbers aus Art. 909 TZGB (= Art. 941 SZGB) herzuleiten.

Tekinay ⁴⁾, der seine Untersuchungen auf den formlosen Verkauf im Grundbuch nicht verzeichneter Grundstücke beschränkt, ist im Gegensatz zu der Rechtsprechung der Auffassung, daß ein wegen Formmangels nichtiger Kaufvertrag nicht als wirksamer Besitzübertragungsvertrag aufrecht erhalten werden kann und auch die nachfolgende Besitzübergabe den Vertrag nicht wirksam werden läßt. Gleichwohl nimmt dieser Autor den Standpunkt ein, daß der Veräußerer das Grundstück nicht zurückverlangen kann, wenn die Übergabe erfolgt ist. Zur Begründung verweist Tekinay auf die Vorschrift des Art. 909 TZGB und verbindet damit folgende Argu-

1) Ablehnend insoweit Acemoğlu, S. 83

2) Reisoğlu, a.a.O.

3) s. auch Acemoğlu, S. 83; Tekinay (MHAD), S. 140

4) Tekinay (MHAD), S. 140f.; ders. (Annales), S. 75

mentation:

Gemäß Art. 909 TZGB kann sich der Ersitzungsprätendent die Besitzzeit seines Vorgängers anrechnen. Für die Anrechnung ist es nicht erforderlich, daß der Besitzübergabe ein wirksames Kausalgeschäft zugrunde liegt. Dies aber zeigt, daß Art. 909 TZGB der Besitzübergabe als solcher eine rechtliche Bedeutung beimißt. Mit dieser Vorschrift hat, wie die gewählte Formulierung "der zur Ersitzung b e r e c h t i g t e Besitzer" verdeutlicht, der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, daß der Ersitzungsprätendent, nachdem ihm das Grundstück übergeben worden ist, nicht wieder des Besitzes entsetzt werden kann ¹⁾.

Dieser Interpretation, die Tekinay der Vorschrift des Art. 909 verleiht, kann nicht beigetreten werden. Die Frage, ob der Ersitzungsprätendent im Verhältnis zum Veräußerer (Vorbesitzer) zum Besitz berechtigt ist und die Rückgabe verweigern kann, wird von dieser Vorschrift in keiner Weise berührt. Wenn Art. 909 TZGB bestimmt, daß sich der zur Ersitzung "berechtigte" Besitzer den Besitz seines Vorgängers anrechnen kann, ergibt sich daraus nicht, daß die Ersitzung ein Recht zum Besitz begründet. Das Attribut "berechtigt" besagt nur, daß die allgemeinen Ersitzungsvoraussetzungen, d.h. unangefochtener und ununterbrochener Eigenbesitz, in der Person des Ersitzungsprätendenten vorliegen müssen, damit eine Anrechnung stattfinden kann ²⁾.

Reisoglu ³⁾ vertritt unter Berufung auf Art. 909 TZGB die Ansicht, daß der Veräußerer das Grundstück nicht herausverlangen kann, wenn er seinerseits das Eigentum zuvor kraft außerordentlicher Ersitzung erworben hatte und die Übergabe des Grundstücks an den Erwerber in der Absicht erfolgte, diesem das Eigentum zu verschaffen. In diesem Fall wird, wie Reisoglu meint, der Erwerber unmittelbar Eigentümer des Grundstücks, und zwar nicht infolge eines wirksamen Übertragungsaktes, sondern auf Grund aus-

1) Tekinay, a.a.O.

2) ebenfalls ablehnend Acemoğlu, S. 82,84; Sungurbey (MHAD), S. 155f.; Oğuzman (MHAD), S. 161f.

3) Reisoglu (Diss.), S. 110

serordentlicher Ersitzung.

Der Autor begründet seine Ansicht damit, daß sich der Erwerber gemäß Art. 909 TZGB die 20-jährige Besitzzeit des Veräußerers anrechnen kann, da der Veräußerer seine Eintragung im Grundbuch noch nicht herbeigeführt hat. Im Zeitpunkt der Übergabe des Grundstücks seien somit auf Seiten des Erwerbers sämtliche Ersitzungsvoraussetzungen erfüllt, so daß sich der Eigentumserwerb nach Art. 639 TZGB unverzüglich vollziehen kann ¹⁾.

Diese Argumentation übersieht indes, daß gemäß Art. 909 TZGB eine Anrechnung nur erfolgen kann, wenn, wie es in dieser Vorschrift heißt, auch der Besitz des Vorgängers zur Ersitzung tauglich gewesen ist. In dem Zeitpunkt, wo der Veräußerer seinerseits die Ersitzungszeit vollendete und der Eigentumserwerb zu seinen Gunsten eintrat, hat auch der Ersitzungsbesitz sein Ende gefunden. Eine Anrechnungsmöglichkeit der Besitzzeit zugunsten eines späteren Besitzers besteht fortan nicht mehr, und zwar unabhängig davon, ob der Vorbesitzer seine Eintragung als Eigentümer im Grundbuch erwirkt hat oder nicht ²⁾.

Das gewonnene Ergebnis mag auf den ersten Blick unbefriedigend erscheinen wie die Gegenüberstellung folgender Beispiele zeigt: Wenn der Veräußerer im Zeitpunkt der Übergabe des Grundstücks die Ersitzungszeit noch nicht abgeschlossen hat, weil der Ersitzungsbesitz von ihm und seinen eventuellen Vorgängern erst 19 Jahre ausgeübt wurde, wird der Erwerber nach bereits einem Jahr gemäß Art. 639, 909 TZGB Eigentümer des Grundstücks. Demgegenüber würde der Erwerber das Eigentum kraft Ersitzung erst nach 20 Jahren erwerben können, wenn der Veräußerer das Grundstück anstatt der angenommenen 19 Jahre bereits 20 Jahre oder länger in Besitz hatte und demzufolge der Eigentumserwerb auf Seiten des Veräußerers zuvor bereits eingetreten war.

Nicht minder unbefriedigend wäre das Ergebnis jedoch, wenn man den Eigentumserwerb von dem Umstand abhängig machen wollte, ob der Veräußerer seinerseits das Eigentum zuvor kraft außerordent-

1) Zustimmend Tekinay (MHAD), S. 144f.

2) s. auch Acemoğlu, S. 83; Lipstein, S. 10

licher Ersitzung oder aber aus einem anderen Rechtsgrund außergrundbuchlich erworben hat.

4. Die "Einrede" der mißbräuchlichen Rechtsausübung

Es bleibt zu prüfen, ob das Begehren des Veräußerers, der das Grundstück nach vollzogener Übergabe unter Berufung auf die Nichteinhaltung der Formvorschriften von dem Erwerber zurückverlangt, die Merkmale einer mißbräuchlichen Rechtsausübung trägt, so daß dem Herausgabeanspruch gemäß Art. 2 Abs. 2 TZGB ¹⁾ der Rechtsschutz versagt sein würde.

Auszugehen ist davon, daß es grundsätzlich keinen Rechtsmißbrauch bedeutet, wenn sich ein Vertragspartner auf die Ungültigkeit eines Geschäftes wegen Formmangels beruft ²⁾. Dies ergibt sich einmal daraus, daß die Einhaltung der Formvorschriften bei Grundstücksgeschäften von Amts wegen zu prüfen ist. Zum anderen würden die Formvorschriften ihrer Funktion beraubt sein, wenn man dem Vertragspartner generell die Möglichkeit versagen wollte, sich auf die Verletzung der Formvorschriften zu berufen ³⁾.

Die getroffene Feststellung, daß die Geltendmachung von Formmängeln an sich zulässig ist, schließt andererseits nicht aus, daß bei Hinzutreten besonderer Umstände die Rechtsausübung gleichwohl als mißbräuchlich erscheint ⁴⁾.

Das Schweizerische Bundesgericht ⁵⁾ hat wiederholt einen Rechtsmißbrauch auf Grund des Umstandes bejaht, daß eine Partei sich auf den Formmangel berief, nachdem der Vertrag von beiden Seiten freiwillig erfüllt worden war. Diesen Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes liegt die Überlegung zugrunde, daß die betreffenden Formvorschriften die Vertragsschließenden vornehmlich vor der Eingehung übereilter Verpflichtungen schützen wollen, die

-
- 1) Diese Vorschrift entspricht sinngemäß Art. 2 Abs. 2 SZGB; s. auch Ataay-Sungurbey, Anm. 2 zu Art. 2 TZGB
 - 2) Allgemeine Meinung, vgl. insbesondere Reisoğlu (Esysa Hukuku), S. 210 sowie Acemoğlu, S. 86 und Müller, S. 69 mit weiteren Hinweisen
 - 3) Acemoğlu, S. 86; von Tuhr (Borçlar Hukuku), S. 245 sowie BGE 86 II, S. 402
 - 4) h.M., Oğuzman (İstBD), S. 255; Acemoğlu, S. 86ff.; Sungurbey (Diss.), S. 90; Saymen-Elbir (Borçlar Hukuku), S. 210 mit Rechtsprechungsnachweisen (Anm. 53)
 - 5) BGE 50 II, 148; 53 II, 165; 54 II, 332

Parteien aber nach Erfüllung des Vertrages eines solchen Schutzes nicht mehr bedürfen¹⁾.

Sofern man sich dieser Auffassung anschließt, derzufolge die beidseitige freiwillige Erfüllung einer Berufung auf die Formungültigkeit entgegensteht, stellt sich die Frage, ob dies auch dann gilt, wenn sich die Erfüllungshandlung des Veräußerers in der Übergabe des Grundstückes erschöpft, ohne daß eine Eintragung des Erwerbers im Grundbuch erfolgt ist.

Dazu ist festzustellen, daß die Eintragung in diesen Fällen keine Erfüllung im rechtlichen Sinne bewirken kann, da der Eigentumsübergang nach geltendem türkischen Recht einen gültigen Rechtsgrund voraussetzt. Von einer Erfüllung im weiteren Sinne kann man aber auch bereits im Stadium der Übergabe des Grundstückes sprechen, weil der Vertrag damit in einer wirtschaftlich bedeutsamen Weise in Vollzug gesetzt wird²⁾. Hinzukommt, daß die Vertragsparteien in der Türkei häufig unter dem Eindruck stehen werden, mit der Übertragung des Besitzes einerseits und der Entrichtung des Kaufpreises andererseits das Geschäft vollständig abgewickelt zu haben.

Der Zweck der Formvorschriften kann jedoch nicht allein darüber entscheiden, unter welchen Umständen eine mißbräuchliche Rechtsausübung anzunehmen ist. Vielmehr ist die freiwillige Erfüllung des Vertrages nur dann dazu geeignet, die Berufung auf den Formmangel auszuschließen, wenn weitere Umstände hinzutreten, die danach verlangen, dem Veräußerer den Rechtsschutz zu versagen und dem Erwerber den Besitz des Grundstückes zu erhalten³⁾.

Als gravierend müßte es einmal erscheinen, wenn der Veräußerer, der sich nachträglich auf den Formmangel beruft, den Vertragspart-

1) s. auch Merz, Anm. 469 zu Art. 2; Sungurbey (Diss.), S. 90

2) Lorenz, S. 404; Müller, S. 69; Acemoğlu, S. 87; BGE 53 II, S. 162ff. Demgegenüber machen Oğuzman (IstBD), S. 258 und offenbar auch Sungurbey (Diss.), S. 90, die Anwendung des Art. 2 Abs. 2 TZGB von der Eintragung des Erwerbers im Grundbuch abhängig

3) Diese Haltung nimmt in neuerer Zeit auch das Schweizerische Bundesgericht ein; vgl. BGE 87 II, S. 34

ner dazu bestimmt hat, von der Einhaltung der Formvorschriften Abstand zu nehmen ¹⁾. Ebenso ist für die Beurteilung des Verhaltens des Veräußerers die Feststellung von Bedeutung, ob dieser im Zeitpunkt der Grundstücksübergabe von der Ungültigkeit des Vertrages Kenntnis hatte ²⁾. Auch muß es einen Unterschied machen, ob die Übertragung des Besitzes nur kurze Zeit zurückliegt oder ob der Erwerber den Besitz bereits mehrere Jahre hindurch ohne jegliche Beanstandung von seiten des Veräußerers ausgeübt hat ³⁾.

Ferner sind auch die Beweggründe, die den Veräußerer dazu veranlassen, sich auf den Formmangel zu berufen, in die Betrachtungen mit einzubeziehen. In der Regel wird der Veräußerer den Mangel der öffentlichen Beurkundung deshalb anrufen, weil er die Transaktion auf Grund der gestiegenen Grundstückspreise nachträglich als unvorteilhaft empfindet und eine Möglichkeit sieht, das Grundstück zu einem für ihn günstigeren Preis zu verkaufen. Eine derartige Motivation würde nach Ansicht von Acemoğlu ⁴⁾ einen Mißbrauch der Formvorschriften zur Erreichung eines den Formvorschriften fremden Zieles bedeuten.

Der Versuch, allgemein gültige Grundsätze aufzustellen, muß jedoch zum Scheitern verurteilt sein, weil die Feststellung, ob jemand ein Recht mißbräuchlich ausübt, nur unter Berücksichtigung aller Umstände, die den konkreten Einzelfall kennzeichnen, getroffen werden kann ⁵⁾.

Die moralische Mißbilligung des Verhaltens des Veräußerers für sich allein vermag die Annahme eines Rechtsmißbrauches nicht zu rechtfertigen. Entscheidend ist vielmehr, ob die Rückgabe des Grundstückes für den betreffenden Erwerber eine unzumutbare Härte darstellen würde.

-
- 1) Reisoğlu (Eşya Hukuku), S. 210
 - 2) BGE 87 II, S. 34; Merz (Anm. 475 zu Art. 2) will in diesen Fällen Art. 63 SOR (= Art. 62 TGG) analog anwenden mit der Begründung, daß diese Vorschrift Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes ist; ablehnend insoweit Cansel, S. 23, 27; Sungurbey (Diss.), S. 90 Anm. 356; von Tuhr (ZSR), S. 54
 - 3) vgl. auch den Beschluß des Vereinigten Zivilsenats Nr. 2/67 - 65 v. 18.12.1957, der sich mit einem formnichtigen Verpfändungsvertrag befaßt, Olgaç (Borçlar Kanunu), S. 65 sowie Acemoğlu, S. 90
 - 4) Acemoğlu, S. 87. Für den Fall, daß die Eintragung des Erwerbers im Grundbuch erfolgt ist, wird diese Auffassung geteilt von Oğuzman (İstBD), S. 258 und Cansel, S. 27 Anm. 50
 - 5) vgl. auch Acemoğlu, S. 87; Reisoğlu (Eşya Hukuku), S. 210

Die Gerichte haben von Amts wegen zu prüfen, ob dem Veräußerer, der das Grundstück unter Berufung auf die Nichteinhaltung der Formvorschriften zurückverlangt, ein rechtsmißbräuchliches Verhalten zur Last zu legen ist ¹⁾. Bejahendenfalls ist die Herausgabeklage des Veräußerers mit Rücksicht auf Art. 2 Abs. 2 TZGB abzuweisen.

Die "Einrede" der mißbräuchlichen Rechtsausübung kann sowohl der rei vindicatio wie auch der Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung des Veräußerers entgegengehalten werden ²⁾. Selbst für den Fall jedoch, daß Art. 2 Abs. 2 TZGB zur Anwendung gelangt, bleibt das Recht des Veräußerers als solches unberührt. Es wird also weder eine Heilung des Formmangels herbeigeführt noch gilt der Erwerber (im Falle der Eintragung) als Eigentümer des Grundstückes. Die Wirkung des Art. 2 Abs. 2 TZGB erschöpft sich vielmehr darin, daß der Veräußerer daran gehindert ist, seine Rechte gegenüber dem Erwerber durchzusetzen ³⁾.

Ein Eigentumserwerb in der Person des Erwerbers kann sich nur auf Grund der Ersitzungsvorschriften vollziehen ⁴⁾. Die Ersitzungsfrist wird durch eine von dem Veräußerer rechtsmißbräuchlich erhobenen Herausgabeklage nicht unterbrochen.

Im Ergebnis ist somit festzustellen, daß es eine Frage des Einzelfalles ist, ob der Veräußerer nach erfolgter Grundstücksübergabe das Grundstück von dem Erwerber herausverlangen kann.

Das gewonnene Ergebnis erscheint etwas unbefriedigend. Folgende Überlegungen lassen es jedoch als unabweisbar erscheinen:
Das Gesetz macht die Grundstücksübertragungen von der Einhaltung der normierten Formvorschriften abhängig. Der Grundsatz muß also

1) Acemoğlu, S. 87, 92; vgl. auch BGE 86 II, S. 400; a.A. Velidedeoğlu (Medenî Hukuku), S. 146

2) Acemoğlu, S. 88; Sungurbey (Diss.), S. 90

3) Acemoğlu, S. 89, 91f.; a.A. Sungurbey (Diss.), S. 90; Müller, S. 70f.

4) Acemoğlu, S. 92

sein, daß der Erwerber zur Rückgabe des Grundstücks verpflichtet ist, wenn ein Verstoß gegen die Formvorschriften vorliegt. Dieser Grundsatz findet seine Bestätigung auch darin, daß im schweizerisch-türkischen Recht die Heilung eines formnichtigen Vertrages durch die Eintragung des Erwerbers im Grundbuch nicht vorgesehen ist. Vielmehr hat der schweizerische Gesetzgeber bei der Abfassung des ZGB bewußt darauf verzichtet, eine dem § 313 BGB entsprechende Vorschrift aufzunehmen.

Nun verhält es sich andererseits so, daß in der türkischen Praxis sehr häufig das Rückgabeverlangen des Veräußerers zu mißbilligen ist. Billigkeitserwägungen sind es denn auch, welche die türkische Rechtsprechung und Literatur veranlaßt haben, mit unterschiedlichen Begründungen dem Grundstückserwerber nach vollzogener Grundstücksübergabe trotz Nichteinhaltung der Formvorschriften eine gesicherte Rechtsposition zu verleihen. Dabei ist diesen Bemühungen gemeinsam, daß man eine generell gültige Regelung suchte. Die angebotenen Lösungen sind jedoch mit den gesetzlichen Vorschriften nicht in Einklang zu bringen.

Überdies ist noch eine Überlegung grundsätzlicher Art anzustellen. Wenn man das Ergebnis des türkischen Kassationsgerichtshofes - mit welcher Begründung auch immer - übernehmen wollte, würde der formlosen Übertragung der nicht im Grundbuch eingetragenen Grundstücke, die den größten Teil der Liegenschaften in der Türkei ausmachen, niemals Einhalt geboten werden, da niemand unnötige Kosten und Unbequemlichkeiten auf sich nimmt. Die mit der Rezeption des ZGB beabsichtigten Reformen würden damit auf unabsehbare Zeit vereitelt sein.

Die Einrede des Rechtsmißbrauchs läßt demgegenüber den als richtig erkannten Grundsatz unberührt. Gleichzeitig liegt es nahe, Rechtsmißbrauchstatbestände zu entwickeln und diese kasuistisch zu erfassen. Auch von der schweizerischen Rechtsprechung sind Grundsätze der mißbräuchlichen Rechtsausübung aufgestellt worden. Diese Grundsätze wurden im Laufe der Zeit immer mehr eingeengt. Damit wird indirekt dokumentiert, daß die Umstände des Einzelfalls bei der Ermittlung der Frage, ob eine mißbräuchliche Rechtsausübung vorliegt,

eine übergeordnete Bedeutung zukommt. Es lassen sich somit nur Grundsätze entwickeln, die eine mißbräuchliche Rechtsausübung bedeuten k ö n n e n , wobei es aber den Feststellungen des Gerichts überlassen bleiben muß, ob ein solcher Rechtsmißbrauch im Einzelfall tatsächlich anzunehmen ist.

Daher muß es bei dem obigen Ergebnis bleiben.

5. KAPITEL

DIE MASSNAHMEN DES TÜRKISCHEN GESETZGEBERS MIT DEM ZIEL, DIE AUFNAHME ALLER GRUNDSTÜCKE IM GRUNDBUCH HERBEIZUFÜHREN

I. Die Gründe, die zum Erlaß von Sondergesetzen führten

Bereits in frühen Jahren hat der türkische Gesetzgeber erkannt, daß besondere Maßnahmen erforderlich sind, um die Aufnahme aller Grundstücke im Grundbuch zu erreichen. Denn soweit das TZGB entsprechende Möglichkeiten eröffnet, ist deren Verwirklichung der Initiative der betroffenen Privatpersonen überlassen, die in dieser Beziehung - wie sich von Beginn an gezeigt hat - Zurückhaltung geübt haben. Verständlicherweise hat sich diese Zurückhaltung angesichts der Rechtsprechung des türkischen Kassationsgerichtshofes, derzufolge sich die Übertragung von im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücken außergrundbuchlich vollziehen kann, noch verstärkt.

Ein weiteres Anliegen des Gesetzgebers mußte es sein, auf die Berichtigung bereits bestehender Eintragungen, die allzu häufig nicht mehr der wirklichen Rechtslage entsprachen, hinzuwirken. Letztlich galt es auch für die Durchführung der Vermessungsarbeiten Sorge zu tragen, um den grundbuchlichen Eintragungen die von dem Gesetz ¹⁾ geforderte Basis zu geben.

Die vorgenannten Aufgaben hat der türkische Gesetzgeber schrittweise

1) Gemäß Art. 950 SZGB hat die Aufnahme und Beschreibung der einzelnen Grundstücke im Grundbuch auf Grund eines Planes, der auf einer amtlichen Vermessung beruht, zu erfolgen. Diese Vorschrift wurde zwar bei der Rezeption nicht mit übernommen, jedoch hat der türkische Gesetzgeber eine gleichlautende Anordnung in Art. 4ff. TGVO getroffen.

.in Angriff genommen.

II. Das Gesetz Nr. 1515 ¹⁾

Im Jahre 1929 erging das Gesetz Nr. 1515 "betreffend die Berichtigung grundbuchlicher Eintragungen, die ihren rechtlichen Wert verloren haben" ²⁾.

Dieses Gesetz eröffnete den Grundbuchämtern die Möglichkeit, Grundstücke, die bereits ihre Aufnahme im Grundbuch gefunden hatten, auf den Namen der gegenwärtigen Besitzer einzutragen. Die Vornahme einer solchen Eintragung wird in Art. 1 davon abhängig gemacht, daß der betreffende Besitzer das Grundstück 15 bzw. 10 ³⁾ Jahre vor dem Inkrafttreten des TZGB gutgläubig und unangefochten im Eigenbesitz gehabt hat ⁴⁾.

Dieses Gesetz erfuhr später in doppelter Hinsicht eine Änderung. Zunächst wurde im Jahre 1942 durch ein Regierungsdekret ⁵⁾ verfügt, daß auch die Besitzer von im Grundbuch noch nicht aufgenommenen Grundstücken ihre Eintragung als Eigentümer nach Maßgabe dieses Gesetzes beantragen können. Ferner wurde die Prüfung der von diesem Gesetz statuierten Eintragungsvoraussetzungen, die zunächst den Grundbuchämtern oblag, im Jahre 1950 auf die Gerichte übertragen ⁶⁾. Seit jener Zeit beschränkt sich die Tätigkeit der Grundbuchämter im Rahmen dieses Gesetzes auf die technische Durchführung der von gerichtlicher Seite getroffenen Eintragungsverfügungen.

Die auf Grund dieses Gesetzes vorgenommenen Eintragungen haben keine rechtsbegründende Wirkung. Für die Erhebung einer Grundbuchberichtigungsklage besteht jedoch eine Ausschußfrist von 3 Jah-

-
- 1) Dieses Gesetz wird ergänzt durch die Verordnung Nr. 9331 vom 14.5.1930
 - 2) "Tapu kayitlarından hukuki kıymetlerini kaybetmiş olanların tasfiyesine dair kanun" vom 2.6.1929
 - 3) Je nachdem, ob es sich um ein bebautes oder landwirtschaftlich genutztes Grundstück handelt
 - 4) vgl. auch Araboğlu, S. 107; Acemoğlu, S. 19; Velidedeoğlu (Annales), S. 256
 - 5) Dekret Nr. 13041 vom 30.6.1942
 - 6) Art. 1 des Gesetzes Nr. 5519 vom 25.1.1950

ren vom Zeitpunkt der Eintragung gerechnet ^{1) 2)}.

III. Das Gesetz Nr. 2613

Das Gesetz "über die Anlegung von Kataster und Grundbuch" wurde im Jahre 1934 als Gesetz Nr. 2613 erlassen ³⁾. Es findet nur auf den innerhalb der Groß- und Kleinstädte belegenen Grundbesitz Anwendung ⁴⁾.

Die Vorschriften dieses Gesetzes ⁵⁾ bilden die Grundlage für die organisatorische und technische Abwicklung der Vermessungsarbeiten. Mit der Durchführung der Vermessungsarbeiten hat der Gesetzgeber gleichzeitig die Aufgabe verbunden, unter Zugrundelegung der erstellten Grundstückspläne die Grundbücher neu anzulegen. Hinsichtlich des Eintragungsverfahrens finden sich in diesem Gesetz folgende Regelungen:

1. Soweit das Grundstück bereits zuvor im Grundbuch verzeichnet war, erfolgt die Eintragung auf den Namen des bisherigen Bucheigentümers. Sofern dieser verstorben ist, werden an seiner Stelle die Erben eingetragen. Für den Fall, daß sich keine Erben melden, ist der (verstorbene) Bucheigentümer als Eigentümer einzutragen, Art. 22 (D).
2. Ungeachtet dessen, ob das betreffende Grundstück bereits zuvor im Grundbuch verzeichnet war oder nicht, und unabhängig davon, ob die Ersitzungsvoraussetzungen erfüllt sind, hat die Eintragung immer dann auf den Namen des jeweiligen Besitzers zu erfolgen, wenn dieser an Hand von Urkunden oder Zeugen den Nachweis erbringt, daß ihm das Grundstück außergrundbuchlich übertragen worden ist, Art. 22 (E).

1) s. auch Acemoğlu, S. 20

2) Nähere Einzelheiten über das Gesetz Nr. 1515 vermitteln Velidedeoğlu (Annales), S. 256ff.; Velidedeoğlu-Esmer, S. 559ff.; Postacioğlu (Diss.), S. 173ff.; Sungurbey (Diss.), S. 170ff.; vgl. auch Araboğlu, S. 106ff.

3) "Kadastro ve Tapu Tahrir Kanunu" vom 11.12.1934

4) Gürzumar, S. 9.; Reisoğlu (Türk Eşya Hukuku), S. 103

5) Ausführungsbestimmungen zu diesem Gesetz finden sich in der Verordnung Nr. 3642 vom 2.12.1934

3. Sofern sich ein Eigentümer unter Beachtung der vorgenannten Grundsätze nicht ermitteln läßt, wird der Staat als Eigentümer im Grundbuch eingetragen, Art. 22 (H).

Die notwendigen Ermittlungen sind von der Katasterkommission anzustellen ¹⁾. Die Ergebnisse werden in einzelnen Listen zusammengefaßt. Diese Listen gelangen für 2 Monate zum Aushang. Sie werden außerdem in den lokalen Zeitungen veröffentlicht, Art. 25.

Jeder Interessent kann gegen die Eintragungen, wie sie in den Listen vorgesehen sind, innerhalb von 2 Monaten bei der Katasterkommission Einspruch erheben. Gegen die Entscheidung dieser Kommission kann innerhalb von 15 Tagen Beschwerde bei den ordentlichen Gerichten eingelegt werden, Art. 26.

Die Möglichkeit, nach Vornahme der Eintragung vor einem ordentlichen Gericht eine Grundbuchberichtigungsklage zu erheben, bleibt in jedem Fall erhalten, Art. 26 Abs. 3. Diese Klage ist keiner Frist unterworfen. Jedoch besteht für den tatsächlichen Eigentümer die Gefahr, daß der Bucheigentümer das Grundstück gemäß Art. 638 TZGB ersitzen kann oder ein Dritter das Grundstück gemäß Art. 931 TZGB von dem Bucheigentümer gutgläubig erwirbt ²⁾.

4. Das Gesetz Nr. 509

Das Gesetz "über die Aufnahme der Grundstücke in das Grundbuch" ³⁾ (Nr. 509) erging am 4.8.1964. Es löste das Gesetz Nr. 5602 ⁴⁾ aus dem Jahre 1950 ab, dessen Regelungen weitgehend übernommen wurden.

Gegenstand des Gesetzes Nr. 509 sind die Durchführung der Katasterarbeiten und die Anlegung neuer Grundbücher in den Gebieten außerhalb der Groß- und Kleinstädte. Die Vorschriften dieses Gesetzes gelangen jedoch nur in den ländlichen Kreisen zur Anwendung, wo die Erhebungen im Zuge dieses Gesetzes bereits in Angriff

1) s. dazu Reisoğlu a.a.O. S. 104, 109

2) vgl. auch Reisoğlu a.a.O. S. 110f., der ebenso wie Gürzumar (S. 9ff.) eine eingehende Darstellung des Gesetzes Nr. 2613 gibt

3) "Tapulama Kanunu"

4) Dieses Gesetz wird u.a. eingehender behandelt von Velidedeoğlu (Annales), S. 261

genommen worden sind, Art. 1 ¹⁾. Der örtliche Anwendungsbereich ist somit in doppelter Hinsicht eingeschränkt ²⁾.

Bei der Anlegung der neuen Grundbücher erfolgen die Eintragungen auf Grund der von den Katasterbeamten nach Maßgabe dieses Gesetzes zu treffenden Feststellungen.

Bezüglich derjenigen Grundstücke, die bereits zuvor ihre Aufnahme im Grundbuch gefunden haben, finden sich in Art. 32 folgende Regelungen:

1. Die Eintragung erfolgt auf den Namen des bisherigen Bucheigentümers, und falls dieser verstorben ist, auf den Namen der Erben. Sofern keine Erben ermittelt werden können, ist der (verstorbene) Bucheigentümer mit einem entsprechenden Hinweis einzutragen.
2. Wenn eine andere Person als der Bucheigentümer oder seine Erben das Grundstück in Besitz hat, wird der Besitzer als Eigentümer eingetragen, sofern der Bucheigentümer oder seine Erben ihre Zustimmung dazu erteilen. Diese Zustimmung muß in notarieller Form erklärt werden.
3. Dasselbe gilt, wenn auf Grund von Zeugenaussagen oder Urkunden festgestellt wird, daß der Bucheigentümer oder seine Erben dem gegenwärtigen Besitzer das Grundstück außergrundbuchlich übertragen haben und seit der Übertragung mehr als 10 Jahre verstrichen sind.
4. Die Eintragung hat gleichfalls auf den Namen des Besitzers zu erfolgen, wenn die Ermittlungen ergeben, daß der Bucheigentümer vor mehr als 20 Jahren verstorben oder für verschollen erklärt worden ist und der Besitzer das Grundstück ununterbrochen und unangefochten während der Dauer von zumindest

1) Andernfalls bleibt das Gesetz Nr. 1515 für die Vornahme der Eintragungen maßgebend

2) vgl. auch Araboglu, S. 153

20 Jahren ¹⁾ wie ein Eigentümer besessen hat ²⁾.

Die Eintragung der im Grundbuch bislang noch nicht verzeichneten Grundstücke hat gemäß Art. 33 nach folgenden Grundsätzen zu erfolgen:

1. Grundstücke mit einer Fläche bis zu 100 Deuneum werden auf den Namen des Besitzers eingetragen, wenn auf Grund von Urkunden oder Zeugenaussagen festgestellt wird, daß der Besitzer den Eigenbesitz seit mehr als 20 Jahren ununterbrochen und unangefochten ausgeübt hat.
2. Sofern die Grundstücksfläche mehr als 100 Deuneum beträgt, hat der Besitzer zusätzlich eine der in Art. 33 Abs. 4 aufgeführten Urkunden ³⁾ vorzulegen ⁴⁾.

Wenn sich keine Person ermitteln läßt, welche die vorstehenden Voraussetzungen erfüllt hat, wird jeweils der Staat als Eigentümer im Grundbuch eingetragen, Art. 38.

Damit die Eintragung eines Grundstückes nach Abschluß der Ermittlungen veranlaßt werden kann, ist zunächst eine öffentliche Bekanntmachung der vorgesehenen Eintragung erforderlich. Die dafür vorgesehenen Listen gelangen für 30 Tage zum Aushang. Sie haben eine genaue Bezeichnung der Lage der einzelnen Grundstücke und die Namen der als Eigentümer festgestellten Personen zu enthalten, Art. 26.

Sofern ein Einspruch nicht erfolgt, wird von der Katasterdirektion ein Bestätigungsvermerk erteilt. Alsdann verfügt die Katasterdirektion die Eintragung des Grundstückes im Grundbuch. Die Eintragung erhält das Datum des Bestätigungsvermerkes, Art. 30.

-
- 1) Die Besitzzeit des Besitzvorgängers ist gem. Art. 45 anrechenbar
 - 2) s. auch Reisoglu a.a.O., S. 119f.; Gürsel-Dönmez, S. 25ff.; letztere geben gleichzeitig einen Überblick über die Rechtsprechung zu Art. 32
 - 3) Dazu rechnen u.a. Grundsteuerquittungen (für mindestens 10 Jahre) und alte Eigentums- bzw. Besitztitel
 - 4) vgl. Reisoglu, S. 120ff.; Gürsel-Dönmez, 39ff.

Für Einsprüche besteht eine Frist von 30 Tagen. Grundsätzlich hat die Katasterkommission über diese zu befinden. Die Katasterkommission hat aber auch die Möglichkeit, den Vorgang dem Katastergericht zur Entscheidung vorzulegen. Sofern die Katasterkommission selbst über den Einspruch entscheidet, kann dieser Beschluß innerhalb von 30 Tagen nach Bekanntgabe vor dem Katastergericht (Tapulama Mahkeme) ¹⁾ angefochten werden, Art. 28.

Die auf Grund dieses Gesetzes vorgenommenen Eintragungen sind gemäß Art. 31 Abs. 1 bis zur gerichtlichen Feststellung ihrer Unrichtigkeit wirksam. Die Unrichtigkeit ²⁾ kann gemäß Art. 31 Abs. 2 vor den ordentlichen Gerichten nicht mehr geltend gemacht werden, wenn die Vornahme der Eintragung 10 Jahre oder länger zurückliegt. Von dieser Ausschußfrist sind insbesondere die Grundbuchberichtigungsklagen betroffen ³⁾.

Es ist in erster Linie eine Frage der finanziellen und technischen Möglichkeiten, bis zu welchem Zeitpunkt die mit den vorstehend behandelten Gesetzen in Angriff genommenen Aufgaben bewältigt werden können. Selbst wenn der Staat seine Investitionen und Anstrengungen noch weiter forcieren sollte, ist kaum zu erwarten, daß noch im Verlauf dieses Jahrhunderts alle in privater Hand befindlichen Grundstücke ihre Aufnahme im Grundbuch gefunden haben werden ⁴⁾. Die türkische Rechtswissenschaft wird sich daher noch geraume Zeit mit den besonderen Problemen, welche die im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücke aufwerfen, auseinanderzusetzen haben.

-
- 1) Es handelt sich bei den Katastergerichten um Sondergerichte, die nur für die Dauer der auf Grund des Gesetzes Nr. 509 eingeleiteten Erhebungen in den betroffenen Kreisen eingerichtet werden
 - 2) gem. Art. 52 können die ordentlichen Gerichte jedoch nur prüfen, ob bei der Eintragung die Bestimmungen des Gesetzes Nr. 509 eingehalten worden sind; vgl. auch Reisoglu a.a.O., S. 129; Gürsel-Dönmez, S. 133f.
 - 3) Eine umfassende Darstellung des Gesetzes Nr. 509 gibt Reisoglu a.a.O. S. 114ff.
 - 4) Im Jahre 1964 war erst ca. 40 % des ländlichen Grund und Bodens in den Grundbüchern verzeichnet. Von den Vermessungsarbeiten waren bis zu diesem Zeitpunkt sogar nur ca. 10 % der Flächen erfaßt worden. Im Vergleich dazu stellt sich die Situation innerhalb der Städte im allgemeinen günstiger dar; s. dazu Gürsel-Dönmez, S. 187; Reisoglu a.a.O., S. 115

LEBENS LAUF

Am 25.8. 1936 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Willy Lau und seiner Ehefrau Gertrud, geb. Holz, in Hannover geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Die Reifeprüfung bestand ich am 16.2. 1956 am Wilhelm Hittorf - Gymnasium in Münster/ Westf.

Im Mai 1956 begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaften. Ich studierte 7 Semester an der Westfälischen Wilhelms - Universität in Münster sowie 2 Semester an der Universität in Istanbul/ Türkei bevor ich am 24.9. 1960 die erste juristische Staatsprüfung ablegte.

Den juristischen Vorbereitungsdienst nahm ich im November 1960 auf. In den Jahren 1961 und 1962 unterbrach ich diese Ausbildung für insgesamt 9 Monate, um meine rechtswissenschaftlichen Studien an der Universität in Istanbul fortzusetzen. Den juristischen Vorbereitungsdienst schloß ich am 8.10. 1965 mit der zweiten juristischen Staatsprüfung ab.

Von November 1965 bis Februar 1966 war ich wissenschaftlicher Hilfsassistent an der Westfälischen Wilhelms - Universität in Münster. Es folgte ein weiteres 4- monatiges Studium an der Universität in Istanbul.

Seit Juli 1966 bin ich im Bankgewerbe tätig.

